Die Identität der Tat beim fortgesetzten und Kollektiv-Delikt

(§ 264 StPO.)

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
einer Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Württembergischen Eberhard-Karls-Universität
in Tübingen

vorgelegt von

HEINRICH NEUMANN

Referendar

HANS CHRISTIANS DRUCKEREI UND VERLAG, HAMBURG 36

19/32.

Dekan: Prof. Dr. Stoll
Referent: Prof. Dr. Schoetensack
Tag der mündlichen Prüfung: 23. Dezember 1932

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern
in Dankbarkeit!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41550010_0129

Literaturverzeichnis

Barbarino, Otto: Die Rechtskraft des Strafurteils und ihre Wirkungen, Diss. Würzburg 1902.

Beling, Ernst: Deutsches Strafprozeßrecht, Berlin-Leipzig 1928.

Beling, Ernst: Lehre vom Verbrechen, Tübingen 1906.

Beling, Ernst: Wechselnde Meinung über Tateinheit und Tatmehrheit in den verschiedenen Prozeßabschnitten im Arch. f. Militärrecht, Bd. 2, 1910/1911.

Bennecke-Beling: Lehrbuch des Deutschen Reichsstrafprozeßrechts, Breslau 1900.

Berner, Max: Der Grundsatz des ne bis in idem im Strafprozeß, Leipzig 1891.

Binding, Karl: Grundriß des Deutschen Strafprozeßrechts, 2. Aufl. Leipzig 1899.

Binding, Karl: Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen, Bd. 2. München-Leipzig 1915.

Binding, Karl: Das rechtskräftige Strafurteil in seinen strafprozessualen, strafrechtlichen u. staatsrechtlichen Wirkungen, im Sächs. Arch. d. Rechtspflege, hrsgb. von Degen, 9. Jhrg. 1914.

Birckel, Paul: Die Identität der Tat im Strafrecht, Diss. Freiburg 1906.

Birkmeyer, Karl: Deutsches Strafprozeßrecht, Berlin 1898.

Bockshammer, Richard: Die Identität der Tat, Diss. Göttingen 1891.

Doerr, Friedrich: Das fortgesetzte Delikt, in Ger. Saal Bd. 71. Stuttgart 1908.

Doerr, Friedrich: Die Lehre vom fortgesetzten Delikt und R. v. Franks Stellungnahme hierzu in seinem Komm. zum Strafgesetzbuch, in der Festgabe f. R. v. Frank, Bd. 2. Tübingen 1930.

Düwel, Ernst: Der Grundsatz des Ne bis in idem im Strafverfahren, Diss. Rostock 1926.

Dohna, Alex. Graf zu: Das Strafprozeßrecht, 2. Aufl. Berlin 1925.

Dohna, Alex. Graf zu: Zusammentreffen mehrerer Strafgesetze und mehrerer strafbarer Handlungen, in: Die Reform des Reichsstrafgesetzbuches, Bd. 1, Allg. Teil, 1910.

Ebermayer, Ludwig: Das Reichsstrafgesetzbuch mit bes. Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichtes, Kommentar, erläutert von Eichelbaum-Lobe-Rosenberg, 2. Aufl. Berlin 1922.

Ehrhardt, Ilse: Handlungseinheit und Handlungsmehrheit im geltenden Strafrecht, in Strafrechtl. Abhandlungen, Heft 214, Breslau 1920.

Eichhorn, G.: Non bis in idem und das Reichsgericht, im Gerichtssaal Bd. 38.

Farnbacher, Friedrich: Anwendung des Grundsatzes Ne bis in idem auf den Begriff des sog. fortgesetzten Verbrechens, Gerichtssaal Bd. 54.

Fischer, Otto: Das Problem der Identität und der Neuheit mit besonderer Berücksichtigung der Spezification, in d. Festgabe der Juristenfakultät zu Breslau f. Rudolf v. Ihering, Breslau 1892.

Frank, Reinhard: Das Strafgesetzbuch f. d. Deutsche Reich, 18. Auflage, Tübingen 1931.

Gerland, Heinrich: Das Deutsche Strafprozeßrecht, Mannheim-Berlin-Leipzig, 1927.

Fuld, Ludwig: Ne bis in idem nach der deutschen Strafprozeßordnung, Leipzig 1885.

Glaser, Julius: Handbuch des Strafprozeßrechts in Bindings systemtischen Handbuch d. Dtsch. Rechtswissenschaft, Leipzig 1883/1886.

Glaser, Julius: Der Verbrauch der Strafklage nach dt. Strafprozeßrecht, in Grünhuts Zeitschrift Bd. 12, 1884.

Glaser, Julius: Das Verhältnis des Urteils zur Strafklage, im Gerichtssaal Bd. 36, 1884.

Grünhut, Max: Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht, Tübingen 1926.

Hartmann, Nicolai: Grundzüge einer Metaphysik der Erkenntnis, Berlin 1925.

Hahn, C.: Die gesamten Materialien zur Strafprozeßordnung und dem Einführungsgesetz desselben v. 1. 2. 1877, Berlin 1880.
Heinrich, Gerhard: Verbrauch der Strafklage bei Urteilen über Kollektiv- und fortges. Delikt, mit besonderer Berücksichtigung der Judicatur des Reichsgerichtes, Diss. Jena 1930.
Heinsheimer: Inwiefern wird die Einheitlichkeit eines Kollektivdelikts durch zwischenliegende Strafentscheidungen unterbrochen, in Zeitschrift f. Strafrechtwissenschaft Bd. 20.
Hippel v., Ernst: Deutsches Strafrecht, Bd. 2. Berlin 1930.
Hellwig, A.: Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 16. Auflg., bearb. v. Ed. Kohlrausch, Berlin 1912.
Höfler, Alois: Logik, Wien 1922.
Höpfner, Wilhelm: Einheit und Mehrheit der Verbrechen, Bd. 1, Berlin 1901; Bd. 2, Berlin 1908.
Honig: Studien zur natürlichen und juristischen Handlungseinheit, Berlin 1925.
John, Richard: Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, Erlangen 1888.
Köhler, Aug.: Die Grenzlinien zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz, München 1900.
Kohler, Joseph: Begriff der fortgesetzten Missetat, in Goltammers Archiv, Bd. 53, 1906.
Kohlrausch, Eduard: Zur prozessualen Behandlung der Idealkonkurrenz, Diss. Greifswald 1899.
Kries v., Aug.: Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts, Freiburg 1892.
Lang, Franz: Die Rechtshängigkeit im Strafverfahren, in den Würzburger Abhandlungen zum Deutschen und Ausländischen Prozeßrecht, Heft 3, Leipzig 1910.
Liszt v., Franz: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, bearbeitet von E. Schmidt, 25. Aufl. Berlin 1927.
Liu, Keentsin: Der Begriff der Identität der Tat im geltenden Deutschen Strafprozeßrecht, in Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 221, Breslau 1927.
Löwe, E.: Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, bearb. von Rosenberg, 17. Aufl. Berlin-Leipzig 1927.
Oetker, Friedrich: Strafprozeßbegründung und Strafklageerhebung bei Erlaß und bei Wegfall eines Eröffnungsbeschlusses i. d. Festgabe der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät Würzburg für Heinrich Dernburg, Leipzig 1900.
Olshausen v., Justus: Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 2. Aufl. Berlin 1927, neubearbeitet von Miethammer
Oster: Der Umfang der Rechtskraft im Strafprozeß, Diss. Bremen 1912.
Pitzer: Das Kollektivdelikt, München 1909.
Rumpf, Max: Der Strafrichter, Bd. 2 Heft 2 in den Schriften des Vereins für Recht und Wirtschaft, Berlin 1912/1913.
Sauer, Wilhelm: Grundlagen des Prozeßrechts, 2. Aufl. Stuttgart 1929.
Schwinze: In Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft Bd. 52, Seite 203 ff.
Stenglein, M.: Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich vom 1. 2. 1877, Berlin-Leipzig 1889.

Im Hinblick auf dieses Verzeichnis werden im Text nur die Autoren zitiert, ihre Schriften nur dort, wo mehrere Werke desselben Autors benutzt worden sind. Für Zeitschriften und Entscheidungen gelten die üblichen Abkürzungen. Der amtliche Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch von 1929 wird „E" zitiert.

Disposition

Erstes Kapitel: Seite

§ 1. Problemfassung und Abgrenzung der Aufgabe . 9

Zweites Kapitel:

§ 2. Identität, ein Problem aus der Welt der Vorstellungen 12

1. Vorstellungen vom Gegenständlichen 12
2. Vorstellungen von Geschehnissen 13

§ 3. „Identität der Tat", ein Problem der Rechtsordnung 14

1. Identität 14
2. Vom Begriff „Tat" und von der materiellen Handlungseinheit 16
3. Vom Begriff „Tat", eine strafprozessuale Erörterung 20

a) Versteht man unter „Tat": crimen? 20
b) oder „Historisches Vorkommnis"? 20
c) oder „Hypothetisch strafbarer Tatkomplex?"? . . 21

Drittes Kapitel:

§ 4. Identität der Tat und Bildung einer materiellen Handlungseinheit auf Grund des „Hypothetisch-strafbaren Tatkomplexes" 22

1. Einleitung 22
2. Anklage und Eröffnungsbeschluß bezeichnen strafbare Handlungen 22
3. Anklage und Eröffnungsbeschluß bezeichnen straflose Handlungen 27
4. Ein Beitrag zur Identität der Tat und Idealkonkurrenz 33
5. Sonstige Fälle 35

§ 5. Identität der Tat und prozessuale Zerreißung der materiellen Handlungseinheit 39

1. Spezialität der Auslieferung 39
2. Zuständigkeit von Sondergerichten 40
3. Zusammentreffen von Offizial- und Antragsdelikt 40
4. Reformatio in peius 40

Viertes Kapitel:

§ 6. Identität der Tat und Ne bis in idem 41

1. Allgemeine Erörterungen 41
2. Insbesondere: Wo liegt die Grenze zwischen dem ersten und zweiten Prozeß bezgl. der „Tat"? . . 45

Fünftes Kapitel:

§ 7. Identität der Tat und Entwurf eines Einführungsgesetzes zu einem Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch (1929) 46

Erstes Kapitel.

§ 1. Problemfassung und Abgrenzung der Aufgabe.

§ 264 StPO. lautet:

„Gegenstand der Urteilsfindung ist die in der Anklage bezeichnete Tat, wie sie sich nach dem Ergebnisse der Verhandlung darstellt.

Das Gericht ist an die Beurteilung der Tat, welche dem Beschluß über die Eröffnung des Hauptverfahrens zugrunde liegt, nicht gebunden".

Auf Grund der in der Anklage bezeichneten Tat soll der Richter ein Urteil finden; er soll auf die „bezeichnete Tat" die Normen des Strafrechts zur Anwendung bringen. Es handelt sich daher um die Herstellung einer Beziehung zwischen dem, was die Anklage als Tat bezeichnet und den Sätzen des materiellen Rechts.

Das Wort „Herstellung" trifft das Wesen der Sache eigentlich nicht scharf genug; denn es handelt sich ja nur um eine Wiederherstellung, eine Rekonstruktion und keine Konstruktion; denn die Konstruktion — die Beziehung von Tat zur Strafe — ist bereits mit Versuch oder Vollendung der Tat durch den Täter vorgenommen worden.

Die Bedingungen dieser Rekonstruktion, das Rekonstruktionsmaterial, wird dem Richter durch die „bezeichnete Tat" in die Hand gegeben. Es kann dabei naturgemäß geschehen, daß dem Richter durch den Tatbezeichner nur unvollständiges oder unbestimmtes Material zur Verfügung gestellt wird, sei es nun aus Mangel an Kenntnis oder Erkenntnis auf Seiten des Tatbezeichners. Die Bezeichnung der Tat im § 264 StPO. gibt häufig keine erschöpfende Darstellung dessen, was Gegenstand des Urteils werden kann und werden soll. Die Schwierigkeit der Ergänzung besteht darin, daß Anklage und Urteil ja nicht die Tatsachen selbst, sondern nur Beschreibungen derselben bieten, die Tatsachen aber, die Konkreta, eben nicht in der Wirklichkeit, sondern nur in diesen Beschreibungen hervortreten können[1]).

Eine Begrenzung des richterlichen Erkenntnisaktes für die Urteilsbildung kann aber nicht in der „Bezeichnung" der Tat liegen. Denn ebenso wie es Menschen gibt, die nur mangelhaft etwas wiedererzählen können, aber immerhin doch so, daß auch ein Dritter durch Ergänzung, die er selbst innerlich vornimmt, weiß, was gemeint sei, so kann auch eine Anklage eine nur mangelhafte Schilderung eines Ereignisses geben. Eine Begrenzung für die Urteilsfindung liegt vielmehr in der durch die Bezeichnung gestellten Aufgabe. Denn das ist das Entscheidende des § 264 StPO., daß in ihm, wie Liu sagt[2]), wenn auch nur in erzählender Form, ein Rechtsanwendungsimperativ, eine Pflicht, eingebaut ist[3]). Oder um es einmal anders zu wenden: die „Bezeichnung" gibt

1) Glaser, Ger. Saal 36, S. 114/115.

2) Liu S. 54.

3) Ob diese Pflicht eine staatsrechtliche oder eine prozessuale Pflicht sei, ist vielfach erörtert und bestritten. Eine Stellungnahme im Rahmen dieser Arbeit erübrigt sich aber. Zitate bei Liu S. 47.

zwar an sich schon eine Vorstellung, sie hat aber zugleich Normativgehalt in Form eines logischen Denkgesetzes, welches zu einer bestimmten Vorstellung drängt. Die Bezeichnung allein steht unter den physiologischen Denkgesetzen, d. h. sie gibt und fordert zugleich nur ein irgendwie geartetes Bewußtsein, während der normative Charakter der Bestimmung des § 264 StPO. als logisches Denkgesetz eine ganz bestimmt — nun nicht nur Bewußtseinsvorstellung, sondern — Seinsvorstellung, d. h. die Wahrheit fordert.

Kann man aber aus § 264 StPO. schlechthin entnehmen, was diese Aufgabe, diese Pflicht, alles umfaßt, und was der Inhalt der Rekonstruktionsaufgabe ist?

M. E. ist dies nicht möglich. Denn es wäre durchaus denkbar, daß man die Aufgabe so weit reichen läßt, wie die tatsächliche Möglichkeit zur Bildung und Aburteilung der „aufgegebenen Tat" vorliegt. Jedoch hat man sich mit einem derartigen Pflichteninhalt nicht begnügt und fordert vom Richter die Aburteilung alles dessen, was ihm rechtlich möglich war, zur Aburteilung zu bringen. Warum diese scheinbare Überspannung? Aus § 264 StPO. allein freilich läßt sich das nicht erklären, sondern aus rein teleologischen Erwägungen im Hinblick auf einen späteren Zweitprozeß. Denn dort gilt der Grundsatz des Ne bis in idem; d. h. alles das, was der erste Richter rechtlich aburteilen konnte, kann nicht mehr Gegenstand eines zweiten Prozesses werden. Eine Erklärung für den Inhalt der vom Richter geforderten Pflicht läßt sich daher nur rückfolgernd aus dem zweiten Prozeß entnehmen, wobei dann festgestellt wird, daß die scheinbar übertriebene Forderung, die man an den Richter des Erstprozesses stellt, eine reine Zweckmäßigkeitsfrage im Hinblick auf den Zweitprozeß bedeutet. Nicht die Logik bestimmt den Inhalt der Pflicht, sondern der Zweck.

Bevor die einzelnen Beispiele für die im Strafrecht möglichen Identitätsprobleme erörtert werden sollen (Drittes Kapitel), müssen im zweiten Kapitel der Arbeit die allgemeinen Begriffe erörtert werden, d. h. es muß darauf eingegangen werden, wo das Problem der Identität allgemein in Erscheinung treten kann, was ferner unter Identität rein begrifflich zu verstehen ist, welche Stellung außerdem allgemein das fortgesetzte und Kollektivdelikt im Rahmen dieser Darstellung einnimmt, und was ferner unter „Tat" verstanden werden kann.

Aufgabe dieser Arbeit wird es weiter sein zu zeigen, daß eine Identität zwischen der nur „bezeichneten Tat" und dem Sachurteilsgegenstand nicht genügen kann, denn dann würde sich der Richter darauf beschränken, die Identität von etwas Vorgestelltem (bezeichnete Tat) mit seiner Vorstellung, die sich ihm aus der „bezeichneten Tat" ergibt, zu schaffen. Der Richter würde daher in einem rein physiologischen Denkprozeß verharren, er würde die Identität von Bewußtseinsinhalten schaffen, aber nicht von Seinsinhalten. Er würde tätig werden, ohne in die bezeichnete Tat eine Aufgabe hineinzutragen. Seine Aufgabe aber ist es, nicht die „bezeichnete Tat", sondern die „aufgegebene Tat"[4]) zu finden, und diese dann zum Sachurteilsgegenstand zu machen. Denn die aufgegebene Tat allein gibt das Abbild der strafbaren Tat, schafft von dieser eine vollständige Vorstellung.

Eine Identität muß daher nur vorliegen zwischen der „aufgegebenen Tat" und dem Sachurteilsgegenstand. Diese Feststellung des Begriffs

[4]) Der Ausdruck: aufgegebene Tat, stammt von Liu und ist hier übernommen worden. Liu, S. 74.

der Identität der Tat im Verhältnis zwischen Anklage und Eröffnungsbeschluß einerseits und Urteil andererseits ist praktisch freilich nicht bedeutsam; praktisch wichtig ist nur die Bestimmung der Art und Weise, in welcher das Gericht aus der „bezeichneten Tat" heraus den Sachurteilsgegenstand zu formen hat[5]). Wie also der Weg des Wissensollens vom Wissen des Teilwissens zum Vollwissen der Tat führt, das ist jetzt das Problem. Festzustellen, wie die Bildung zu erfolgen hat, und was für die Bildung erforderlich ist, soll eine Aufgabe dieser Arbeit sein.

Es wird sich dabei zeigen, daß dafl Gericht bei der Bildung des Sachurteilsgegenstandes mindestens an einem in Anklage und Eröffnungsbeschluß als Handlungselement in Betracht kommenden[6]) Tatumstande festhalten muß, daß es dann alle jene Umstände, welche zusammen mit diesem einen Tatumstande eine Einheit im strafprozessualen Sinne bilden, zum Sachurteilsgegenstand zu machen hat. Die prozessuale Einheit „Tat" aber wird aufgebaut entsprechend der materiell strafrechtlichen Einheit „Tat", auf welche der Rechtsanwendungsimperativ hinweist. Welche Tat aber ist beim fortgesetzten und Kollektivdelikt aufgegeben? Etwa die juristische Handlungseinheit oder ein Mehr, ein Weniger oder ein Anderes? Wie gestaltet sich das Verhältnis von prozessualer und materieller Handlungseinheit? All das sind die Fragen, die unmittelbar durch das Thema gestellt werden und im Dritten Kapitel § 5 zur Darstellung gebracht werden sollen.

Der zweite Teil des Hauptteils (Drittes Kapitel § 6) soll zeigen, daß von der materiellen Einheit spezielle Strafprozeßrechtssätze einzelne Elemente gleichsam abbauen können, indem sie der richterlichen Aufgabe rechtliche Hindernisse auferlegen, d. h. ihn anweisen, bei Vorliegen irgendwelcher in dem Gebiet des Strafprozeßrechts liegender Voraussetzungen seinen Gesichtskreis enger zu fassen, so daß also trotz Identität zwischen aufgegebener Tat und „Sachurteilssollgegenstand" nur ein „Sachurteilsistgegenstand" bildbar ist, welcher um das rechtliche Hindernis kleiner ist, als der „Sachurteilssollgegenstand"[7]).

Im Vierten Kapitel der Arbeit muß notwendig auf den Grundsatz des Ne bis in idem eingegangen werden, der zur Beantwortung der hier zur Erörterung stehenden Frage gleichsam eine negative Funktion[7a]) ausübt, insofern nämlich, als man bei einer Bejahung des Grundsatzes Ne bis in idem für den Zweitprozeß auf den Erstprozeß rückschließend folgern kann, daß also das, was im zweiten Prozeß nicht mehr Gegenstand eines Sachurteils werden darf, zu der aufgegebenen Tat des Erstprozesses gehört hat. Rein systematisch wird sich zeigen, daß bei den im Hauptteil zu behandelnden Fällen beinahe alles das, was — zum mindesten nach der reichsgerichtlichen Anschauung — als für den Erstprozeß identisch gewertet werden wird, das Resultat ist aus einer Umwertung von Ergebnissen des Zweitprozesses.

Zwei Methoden werden daher denkbar sein, um dem Identitätsproblem gerecht zu werden: die eine geht vom Satze des Ne bis in idem aus

[5]) Liu, S. 77.

[6]) Nicht erforderlich ist das Festhalten an einem bezeichneten Handlungselement. a. A. Liu, S. 63.

[7]) Diese Terminologie wurde von Liu übernommen, jedoch nicht in der gesamten Arbeit durchgeführt; nur in denjenigen Fällen, in denen die Bezeichnung zur Klärung der Probleme beitragen konnte, wurde sie beibehalten.

[7a]) Bennecke-Beling, S. 409; Beling, StPO., S. 266; Gerland, S. 377.

und zieht von hier aus die Schlußfolgerungen für den Erstprozeß, die andere beginnt mit der „Identität der Tat" und leitet aus dem gefundenen Resultat das Ergebnis für den Zweitprozeß ab. Zuzustimmen ist der Feststellung Kohlrauschs[8], daß man sich wegen der Bezogenheit dieser beiden Probleme aufeinander in einem circulus vitiosus bewege. Jedoch erscheint seine weitere Folgerung daraus, daß schlechthin dann ein methodischer Fehler vorliegen müsse, wenn man an den Fragenkomplex mit der Frage nach der Identität der Tat herangehe, nicht völlig überzeugend. Zutreffen wird diese Anschauung allerdings für das Problem der sog. „Identität der Tat im engeren Sinne"[9], d. h. für das Verhältnis einer Tat zu einer andern Tat. Hier aber ist allein von Bedeutung die „Identität der Tat im weiteren Sinne", die Einheit der Tat. Diese läßt sich allein aus den Sätzen des materiellen Rechts feststellen und bedarf nicht erst zu ihrer Begründung des Satzes Ne bis in idem.

Zur Systematik der Arbeit sei kurz erwähnt, daß eine prinzipielle Scheidung von fortgesetztem und Kollektivdelikt bei der Behandlung der Fragen nicht durchgeführt ist; nur dort, wo diese beiden Deliktsgattungen in Theorie[10] oder Praxis eine ungleichmäßige Behandlung erfahren haben, wurde auch im Rahmen dieser Arbeit die Trennung übernommen.

Zweites Kapitel.

§ 2. Identität, ein Problem aus der Welt der Vorstellungen.

1. Bereits im vorigen Kapitel wurde kurz gezeigt, daß zur Erkenntnis des Identitätsproblems nicht nur sein Vorhandensein als Rechtsordnungsproblem geprüft werden soll, sondern daß im Interesse der Vollständigkeit auch auf jenes Gebiet der Identität eingegangen werden muß, welches ein Problem aus der Welt der Vorstellungen darstellt.

Häufig dann, wenn man sich einander Gedanken mitteilt, wird die Frage auftauchen, ob der Gegenstand des Themas, welchen der eine seinen Erörterungen zugrunde legt, der nämliche Gegenstand des Themas ist, von dem der andere spricht. Die Einwendungen im Laufe eines Gespräches: wir reden aneinander vorbei oder ähnliches werden sich nicht selten finden. Man wird daher fragen müssen: wann sind zwei Vorstellungen miteinander identisch oder wie Borgmann[11] fragt: wann ist etwas mit etwas anderem identisch? wobei er gleich selbst den Einwand erhebt, daß unter dem „Etwas" und dem „Etwas anderm" aber das gleiche zu verstehen sei.

So gefragt, wann zwei Vorstellungen miteinander identisch sind, scheint eine Antwort nicht allzuschwer auffindbar zu sein. Denn nur nach der Identität von Vorstellungen kann man fragen, denn nur dort sind Fragen möglich. Daß z. B. mein Fingerring mit meinem Fingerring identisch ist, wird weder ein Mensch bezweifeln, noch aber auch jemand ernsthaft darnach fragen können. Wenn man „im Leben" von der Gleichheit zweier Dinge spricht, meint man allgemein bewußt zwei verschiedene,

[8] Kohlrausch, Diss. S. 57.

[9] Bockshammer, S. 9 ff.

[10] z. B. John Bd. 2 S. 286 hält die Gleichstellung der Kollektivdelikte, bei denen der Kollektivcharakter infolge mehrfachen Handelns als Tatbestandsmerkmal od. als Strafverschärfungsgrund erscheint, nicht für gerechtfertigt.

[11] Borgmann S. 5.

daseiende Dinge, die aber kraft ihres Soseins ähnlich oder — ungenau — „gleich" erscheinen. Diese Fragen scheiden hier naturgemäß aus, denn es handelt sich dabei gerade um zwei verschiedene Dinge. Hier allein steht zur Erörterung, wann Vorstellungen, die sich Menschen über Real-Seiendes, Wirkliches oder auch Unwirkliches gebildet haben, miteinander identisch sind.

Wenn sich z. B. zwei Menschen über irgendeinen beliebigen Helden der Freiheitskriege unterhalten, so wird sich naturgemäß jeder von beiden irgdeneinen bestimmten Helden vorstellen. Beide schildern ihre Vorstellung, beide sind sich einig, wie mutg er war, wie unerschrocken und treu ergeben seinem König. Der eine der beiden denkt dabei immer an Blücher, der andere aber an Scharnhorst. Auf beide Helden traf die bisherige Schilderung, die sich die beiden Gesprächspartner gaben, zu. Beide glauben, denselben Helden zu meinen; beide glauben, ihre Vorstellung von dem Helden der Freiheitskriege decke sich. Da plötzlich sagt der eine: und sein Glanzstück war doch zweifellos die Schlacht bei Waterloo! Waterloo? Nein, das stimmt nicht, hier war Scharnhorst niemals. Erst jetzt stellt sich heraus, daß beide trotz anfänglich gleicher Schilderung zwei ganz verschiedene Vorstellungen hatten, die äußerlich — in der Schilderung — gleich erschienen, aber tatsächlich zwei völlig verschiedene Erscheinungen der Außenwelt betrafen.

Oder ein anderes Beispiel: zwei Menschen sprechen über Bismarck. Der eine meint den Bismarck von 1871, den Reichsgründer, der andere aber meint den Bismarck von 1890, den Alten aus dem Sachsenwalde. Ja, kein Mensch wird zweifeln können, daß sich diese Vorstellungen nicht decken — daß sie nicht kongruent sind — und dennoch sind sie „gleich", denn sie betreffen dasselbe Dasein, dasselbe Objekt, welches, ohne daß die Identität des Objekts angezweifelt werden konnte, zwei verschiedene Vorstellungen zuläßt, da Elemente identisch sind. Der Gegenstand eben ist unendlich viel mehr als Erfahrung von ihm erfassen kann, eine für sie ewig unerreichbare Totalität, ein unerschöpfbares „X". Es ist daher sogar auch denkbar, daß der Gegenstand wegen dieser nie erreichbaren Totalität zwei partiale Vorstellungen zuläßt, die untereinander nicht identisch, sondern nur bezüglich des Gegenstandes der Erfahrung identisch sind.

Beide Beispiele sollen auf die Beziehungen von Vorgestelltem und Seiendem hinweisen. Trotz scheinbar gleicher Vorstellungen (im ersten Beispiel) ist eine Identität gegeben eben wegen Identität dieses tertium comparationis, das gerade verschiedenartige Vorstellungen zuläßt.

In der Welt der Vorstellungen vom Gegenständlichen läßt sich eine Identität nicht schwer feststellen, denn das Gegenständliche ist dimensional und sogar zeitlich begrenzt. Für die Frage dieser Identität gibt es nur ein Ja oder Nein.

2. Anders liegen die Beziehungen bei Taten, denn Taten sind Geschehnisse, nicht räumlich begrenzt, sondern nur als Erfolg in die Welt der Erscheinung getreten, nur geschehen und wieder vergangen, das ist alles. Kann man dort eigentlich von Identität der Vorstellungen schlechthin sprechen? Meines Erachtens ist dies nicht möglich. Hier kann die Identität niemals etwas Absolutes, wie beim Seienden, sondern nur etwas Relatives im Verhältnis zu anderem sein. Nur soviel kann man sagen, daß, wenn der Vorgang A zu einer ganz bestimmten Zeit vom Täter X hervorgerufen worden ist, nicht zu gleicher Zeit der Vorgang B vom gleichen Täter vorgenommen worden sein kann (für das Strafrecht gilt

dieser Satz mit der Einschränkung, daß A und B niemals in Idealkonkurrenz geschehen sein können.)

Am besten läßt sich ein Beispiel hierfür vielleicht an einem Prozeß bilden. Wenn dort die Anklage behauptet, A habe ein dem X gehöriges schwarzes Pferd gestohlen, das Urteil aber feststellt, daß dieses Pferd nicht schwarz, sondern braun sei, so wird noch kein Mensch behaupten wollen, daß das Urteil damit notwendig einen andern Vorfall habe meinen wollen, daß also die Identität zwischen Anklage und Urteil nicht mehr vorhanden sei. Zweifelhafter aber wird der Fall schon dann, wenn das Urteil sagte, dieses „Pferd" sei kein Pferd, sondern ein Kalb gewesen und außerdem gehöre es nicht dem X, sondern dem Y, und ferner habe A es nicht gestohlen, sondern unterschlagen. Hier ist es sehr wohl möglich, daß die Identität zwischen Anklage und Urteil nicht mehr gewahrt ist, als auch, daß sie gegeben sei[12]). Kein Mensch wird mit absoluter Sicherheit sagen können, daß beides denselben Vorgang beträfe. Diese Schwierigkeit liegt — wie weiter oben dargestellt wurde — daran, daß die Identität von Vorstellungen, die man sich über Taten bildet, eben nicht schlechthin und absolut bestimmbar ist, sondern nur im Verhältnis zu einem andern Standpunkte[13]). Eine einzige Feststellung von einer Tat kann für sich genommen wohl wahr oder unwahr sein, aber sie kann als solche kein Kennzeichen ihrer schlechthinnigen Wahrheit oder Unwahrheit haben. Ein solches tritt erst in den Kreis der Möglichkeit, wo zwei Feststellungen auf verschiedenem Wege von derselben Tat vorliegen und in einem Bewußtsein miteinander vergleichbar sind.

Absolut wird sich die Identität daher in einem ersten Prozeß nicht darstellen lassen[14]), höchstens in einem zweiten Prozeß, wenn derselbe Täter jetzt wegen des Pferdediebstahls am Pferde des X angeklagt wird. Wenn man diese Klage für zulässig hält, dann lag im ersten Prozeß zwischen Anklage und Urteil eben keine Identität vor; deswegen keine Identität, weil A zweimal gestohlen hatte, erstens das Kalb und zweitens das Pferd. Wegen des Kalbes wurde er aber im ersten Prozeß verurteilt, weil man glaubte, es läge in der Bezeichnung „Pferd" nur eine Falschbezeichnung vor, tatsächlich aber betraf es einen ganz andern Vorgang. Verneint der Richter aber die Möglichkeit einer erneuten Anklage wegen des Grundsatzes des Ne bis in idem (weil dieses „Pferd" ein „Kalb" sei), dann war im ersten Prozeß Identität vorhanden.

§ 3. „Identität der Tat", ein Problem der Rechtsordnung.

1. Das Privatrecht kennt die Frage der Identität ebenso wie das Strafrecht. Die Strafrechtswissenschaft hat allerdings nicht völlig treffend diesem Problem die Bezeichnung „Identität der Tat" gegeben. Was gemeint sein soll, ist klar, doch der Ausdruck zum mindesten nicht glücklich, da er an einer gewissen Unvollständigkeit leidet. Unter „Identität der Tat" muß man sich notwendig eine Kongruenz einer Tat mit derselben Tat vorstellen; das ist aber nicht gemeint, da das un-

[12]) Das Beispiel ist Glasers Abhandlungen im Gerichtssaal 36 S. 115 entnommen.

[13]) Bockshammer S. 9 nennt dies „Identität im engeren Sinne" und versteht hierunter die Abgrenzung einer Tat von einer andern Tat. Er geht richtig davon aus, daß nur die „Identität im weiteren Sinne", d. h. das, was zum Einheit der Tat gehört, das hier allein interessierende Problem ist.

[14]) Kohlrausch a. a. O. S. 56.

problematisch ist. Denn es braucht in der Strafrechtswissenschaft nicht etwas als Problem aufgeworfen zu werden, was für alle andern Wissensdisziplinen ein Grundsatz, ein Axiom, darstellt. Denn noch niemand hat es bezweifelt, daß jede Größe sich selbst gleich ist.

Unter „Identität der Tat" soll vielmehr, wie die Einleitung bereits andeutete, folgendes verstanden werden: es ist erforderlich, daß die in der Anklage „bezeichnete Tat" identisch ist mit derjenigen Tat, die Gegenstand des Urteils wird. Oder im Hinblick auf den Zweitprozeß: das, was im ersten Prozeß den Gegenstand des Urteils gebildet hat, kann in einem zweiten Prozeß wegen der Identität nicht nochmals zur Aburteilung kommen. (Es soll hier vorläufig das Problem nur ganz roh umrissen werden, nur um eine ungefähre Vorstellung von dem zu geben, was mit dem Begriff „Identität der Tat" gemeint sein kann.)

In diesen beiden Fällen, also im Verhältnis von Anklage zu Urteil (Erstprozeß) und von Urteil zu Urteil (Erstprozeß und Zweitprozeß), wird das Problem der Identität akut.

Man hat versucht, diesen beiden Möglichkeiten, in denen die Frage nach der Identität gestellt werden kann, eine besondere Bezeichnung zu geben, und hat die nicht unzutreffende Scheidung von „Identität der Tat im engeren Sinne" und „Identität der Tat im weiteren Sinne" vorgenommen[15]). Es soll hier nur kurz angedeutet werden und einer Begründung an späterer Stelle vorbehalten sein, daß für die Behandlung dieses Themas das Problem der Identität der Tat im engeren Sinne ausscheiden muß (einen Fall dieser Art betraf das Beispiel mit dem „Pferd" und dem „Kalb"), denn es handelt sich dabei allein um die Fragen, die die Abgrenzung einer Tat von einer anderen Tat betreffen; hier aber sind ausschließlich von Bedeutung die Fragen nach der Einheit der Tat, d. h. nach der sog. Identität der Tat im weiteren Sinne.

Warum ist dieses Problem der „Identität" im § 264 StPO überhaupt denkbar? Der Wortlaut besagt folgendes:

„Gegenstand der Urteilsfindung ist die in der Anklage bezeichnete Tat, wie sie sich nach dem Ergebnisse der Verhandlung darstellt.

Das Gericht ist an die Beurteilung der Tat, welche dem Beschlusse über die Eröffnung des Hauptverfahrens zugrunde liegt, nicht gebunden."

Der problematische Teil dieser Gesetzesbestimmung liegt im ersten Satz des ersten Absatzes, der — um es einmal negativ zu wenden — sagt, daß nichts anderes als das, was die Anklage schildert, Gegenstand eines Urteils werden kann. So gewandt, hat man das unheilvolle Wort „Tat" vermieden, was den Hauptanlaß zu der Fülle der Streitfragen war, die sich um den § 264 StPO. erhoben haben. Anklage und Urteil müssen also etwas Identisches haben, etwas Gemeinsames; schärfer gefaßt, hat man dieser etwas unklaren Forderung kurz den Namen „Identität der Tat" gegeben.

Ganz abgesehen von der Frage, warum es dieses juristisch-logische Problem im § 264 StPO überhaupt gibt, ist es vielleicht nicht uninteressant, den Ausführungen Rumpfs[16]) zu folgen, der den Versuch einer rechtspolitischen Begründung für die Notwendigkeit dieses Problems gefunden zu haben glaubt: „Dem Gesichtspunkte des Bürgerschutzes diente vor allem die Einführung des Staatsanwaltes, die Abtrennung und Vorbereitung der Anklage von der Erkenntnistätigkeit. Aber auch in

15) Bockshammer S. 9 ff.

16) Rumpf, Bd. 2 Heft 2 S. 346.

vielen Einzelzügen zeigt die heute geltende Prozeßordnung — so auch der § 264 StPO. — die Sorge, daß nur ja nicht infolge einer einseitigen Verfolgung des Tataufklärungs- und Rechtsverwirklichungsinteresses des Schutzbedürfnis des Angeklagten Not leide."

M. a. W. will Rumpf also sagen, daß die Forderung nach Identität zwischen Anklage und Urteil ein immanter Gedankengehalt unseres Strafprozeßrechts ist, das es nicht zulassen will, daß man anderer Taten wegen als deren man angeklagt ist, verurteilt werden kann. Dieser rechtspolitische Hinweis allein kann natürlich nicht die Notwendigkeit eines Identitätsproblems begründen, er kann nur einen Beitrag bilden. Im Mittelpunkt der Erörterung kann nur die Begründung von der juristisch-logischen Seite her stehen (Drittes Kapitel).

„Identität" ist nun allerdings ein nicht weiter zu definierender Begriff, ein Grundbegriff, der sich ähnlich etwa wie der Kausalitäts- oder Substanzbegriff nicht weiter in Bestandteile zerlegen läßt. Der in den Begriff hineinzutragende Inhalt kann allerdings Schwierigkeiten bereiten. Wenn man daher die begriffliche Verknüpfung von Identität und Tat vollzieht und dann von einer „Identität der Tat" spricht, „Tat" also den Begriffsinhalt für Identität bilden soll, so ist es leicht einzusehen, daß dieser sich ergebende Inhalt keineswegs so eindeutig klar ist wie der Begriff der Identität. Das Problem entsteht daher nicht durch den alleinstehenden Begriff „Identität", sondern vielmehr durch den Begriffsinhalt „Tat". Die oben aufgeworfene Frage wird daher schlechthin nicht zu beantworten sein: warum es ein Problem der Identität gibt, wenn man nicht vielmehr vorher eine Erörterung dessen beginnt, was unter „Tat" materiell-rechtlich im § 264 StPO. zu verstehen ist.

2. Wenn man hierbei dem Begriff „Tat" näher kommen will, so muß man ihn von der strafprozessualen und materiellrechtlichen Seite her erörtern. Im folgenden soll auf das Materiellrechtliche eingegangen werden, um dann unter § 3, 3 mit einer prozessualen Behandlung fortzufahren.

Was im einzelnen Falle „Tat" bedeutet, ist etwas, was man nicht erst zu bilden hat, sondern ist etwas Objektives, etwas, was der Gesetzgeber fest umrissen hat. Welche Einzeltatsachen zusammengehörend die in Betracht kommende strafbare Tat bilden, beantwortet sich an Hand des materiellen Strafrechts.

Hierbei wird es allgemein — in der Mehrzahl der Fälle — so liegen, daß eine Übereinstimmung zwischen dem, was das vorwissenschaftliche Denken sich als eine Tat vorstellt (als eine Tat bezeichnet) und dem, was der Gesetzgeber als eine solche normiert hat, vorliegt, so daß es also kein Problem für den Richter darstellt, die bezeichnete Tat zum Urteilsgegenstand umzubilden. Am geringsten wird die Schwierigkeit der Umbildung dann sein, wenn es sich um eine einzige natürliche Handlungseinheit handelt. Ob es überhaupt gerechtfertigt ist, einen begrifflichen Unterschied zu machen zwischen natürlicher und juristischer Handlungseinheit, und wo die Grenze zwischen beiden zu ziehen ist, erscheint sehr problematisch. Es möchte nämlich beinahe so aussehen, als wenn es ausschließlich nur juristische Handlungseinheiten gäbe, wobei vielleicht die natürliche Handlungseinheit — d. h. das, was der Laie als solche sieht — sich immer mit der juristischen Handlungseinheit decken wird, während es umgekehrt nicht der Fall sein wird. Jedoch ist der hier erhobene Einwand mehr terminologischer Art, der im Rahmen dieser Arbeit keine ausdrückliche Stellungnahme erfordert.

Wenn daher die Anklage als „Tat" bezeichnet: A habe dem X bei einer Prügelei mit einer Hand das Auge geschlossen, so ist es naheliegend, daß der Richter diese „Tat" unter den Deliktsbegriff der Körperverletzung bringt.

Wie wäre es aber z. B., wenn die Anklage dasselbe bezeichnet, sich aber in der Hauptverhandlung herausstellt, daß A nicht mit einer Hand, sondern mit zwei Händen diese Tat begangen habe? Hier ist vielleicht schon nicht mehr eine natürliche Handlungseinheit gegeben, da eine Doppelregung des Körpers vorliegt, sondern nur eine begriffliche (nicht juristische!) Tateinheit. Die begriffliche Tateinheit ist aber gleichbedeutend mit der Möglichkeit, verschiedene Handlungen in einer Tat zusammenzunehmen. In dem geschilderten Falle wird die Zusammenfassung dieser beiden Körperregungen unter dem einheitlichen Begriff einer Körperverletzung (und nicht etwa deren zwei) naheliegen. Denn hier ist die Tateinheit nichts anderes als eine derart auseinandergezogene, verstärkte Tatbestandsmäßigkeit, daß das Auseinanderfallen der Handlungen als unwesentliche Verschiebung erscheint.

Anders liegt es schon beim sog. zusammengesetzten Delikt, etwa beim Raub, welcher sich als ein Freiheits- und ein Vermögensdelikt darstellt. Wenn hier also die strafbare Tat ein Raub ist, aber nur die Wegnahme einer fremden beweglichen Sache bezeichnet wurde, so ist es schon nicht mehr so völlig zwingend, daß der Richter an Hand der vom Gesetzgeber aufgestellten Normen die bezeichnete Tat unter die Strafrechtsnorm „Raub" subsumiert. Er könnte ja sagen: hier sei lediglich die Wegnahme einer beweglichen Sache bezeichnet, also wird der Angeklagte wegen Diebstahls verurteilt, da ihm die Wegnahme nachgewiesen werden konnte; daß der A bei der Wegnahme Gewalt angewendet habe, interessiere hier nicht, könne also Gegenstand eines zweiten Prozesses werden. Der Einwand wäre allerdings nicht unberechtigt: die in Wahrheit strafbare Tat sei gar nicht abgeurteilt (denn das wäre ein Urteil über „Raub"), sondern nur ein Teil dieses Geschehnisses, etwa so, als wenn der Richter im vorhergehenden Falle bewußt nur die Körperverletzung mit einer Hand abgeurteilt hätte.

Noch weniger naheliegend ist der Übergang von der nur bezeichneten Tat zur begangenen Tat in den Fällen der Idealkonkurrenz. Hier hat sich der Gesetzgeber schon veranlaßt gesehen, einen ausdrücklichen Hinweis im § 73 StPO. zu geben, daß er die Verletzung mehrerer verschiedener Rechtsgüter durch eine Handlung als ein Delikt angesehen wissen will und demnach auch die Strafe zu bilden sei. Der Strafgesetzgeber sagt, daß er das, was dort geschehen sei — juristisch — als ein strafrechtliches Tun bewertet wissen will. Hier wird chon die Beziehung des strafbaren Verhaltens zur Strafe nicht mehr allein durch die Logik, sondern durch die Grundsätze der Zweckmäßigkeit und Billigkeit bestimmt, weshalb auch für die Frage, ob ein oder mehrere Vergehen, d. h. ein einfaches oder mehrfaches strafbares Verhalten vorliegt, durchaus nicht logische, sondern juristisch-teleologische Grundsätze maßgebend sind[17]).

Bisher wurden nur solche Fälle erwähnt, in denen noch eine sog. natürliche Handlungseinheit vorgelegen hat, wo also die Aburteilung und Zusammenfassung mehrerer in der Außenwelt in Erscheinung getretener Erfolge auch für den Nichtjuristen nahe gelegen haben mochte. Ganz und gar ist das aber nicht der Fall bei der sog.

[17]) Kohler, Goltd. Arch. 53 S. 153.

juristischen Handlungseinheit: beim fortgesetzten und Kollektivdelikt, wo mehrere völlig selbständige, nebeneinanderstehende deliktische Erfolge zu einer Handlung zusammengefaßt sind (selbständig bezüglich des zeitlichen Geschehens). Bei der juristischen Handlungseinheit liegt nicht einmal eine Handlung oder ein Erfolg vor, sondern nur ein Täter, der sich gleichartig betätigt.

Eine kurze Erörterung des Wesens beider Deliktsgattungen erscheint notwendig. Fortgesetztes und Kollektivdelikt haben gemeinsam, daß sie sich aus einer Mehrzahl einzelner Handlungen zusammensetzen, die bezüglich der Strafzumessung zu einer juristischen Einheit zusammengeschlossen sind[18]).

Über den Begriff und die Begründung des fortgesetzten Delikts gehen die Ansichten weit auseinander. Da eine ausdrückliche gesetzliche Vorschrift fehlt, so wird vereinzelt dem fortgesetzten Delikt überhaupt jede Anerkennung versagt[19]).

Es kann hier nicht als Aufgabe angesehen werden, auf die verschiedenartigsten Versuche und deren Begründung, dem umstrittenen Begriff des fortgesetzten Delikts eine zweifelsfreie Umschreibung zu geben, im einzelnen einzugehen. Man wird mit der überwiegenden Meinung diesen Begriff de lege lata anerkennen müssen, was zweifellos auch einem Bedürfnis entspricht.

Ein fortgesetztes Delikt liegt dann vor, wenn der Täter aus einheitlichem Vorsatz heraus in gleichartiger Weise dasselbe Delikt begeht. Wer daher fortgesetzt Verbrechen begeht, begeht nicht ein fortgesetztes Verbrechen. Wer fortgesetzt dasselbe Verbrechen begeht, begeht auch deshalb noch lange nicht ein fortgesetztes Delikt. Wer fortgesetzt dasselbe Verbrechen gegen dieselbe Person begeht, braucht auch deshalb noch nicht ein fortgesetztes Verbrechen zu begehen. Erforderlich ist auf jeden Fall das Begehen des Deliktes mit einheitlichem Vorsatz in gleichartiger Weise. Von manchen werden noch weitere Voraussetzungen verlangt, z. B. gleichartige Begehungsform.

Wesentlich und unerläßlich ist auf alle Fälle der einheitliche Vorsatz; was hierunter zu verstehen sei, ist bestritten. Die strengere Auffassung (so insbes. das Reichsgericht[20]) geht dahin, daß einheitlicher Vorsatz nur dann gegeben sei, wenn der Vorsatz von vornherein auf einen gegenständlich und zeitlich in gewisser Weise — wenn auch nicht ganz bestimmten — vorgestellten, durch mehrere Handlungen abschnittsweise (stückweise) zu verwirklichenden Gesamterfolg gerichtet sei. Daraus folgt dann weiter, daß die sämtlichen Handlungen gleichartig sein müssen, d. h. sie müssen den Tatbestand der nämlichen — versuchten oder vollendeten — Straftat enthalten und dasselbe Rechtsgut verletzen oder gefährden. In der Theorie will man häufig einen „einheitlichen" Vorsatz, einen allgemeinen Vorsatz genügen lassen. M. E. kann nur die Ansicht des Reichsgerichts richtig sein; denn die besondere Behandlung des fortgesetzten Delikts kann nur aus dem kontinuierlichen Delikt[21])

[18]) So die herrschende Lehre: Frank § 74, V, 1b; Olshausen § 73, 5 u. 6; v. Liszt S. 34; Doerr Gerichtssaal Bd. 71 S. 221.

[19]) Berner S. 96/97. Birckel S. 30 hält das fortgesetzte Delikt für eine natürliche Handlungseinheit und beruft sich zu Unrecht auf das RG. Bd. 9 S. 427; denn dort wird nur davongesprochen, unter welchen Voraussetzungen ein fortgesetztes Delikt angenommen werden kann, nämlich dann, wenn unter den Einzelhandlungen ein tatsächlicher u. geistiger Zusammenhang besteht.

[20]) RG. Bd. 58 S. 19.

[21]) Kohler a. a. O. Bd. 53 S. 154.

heraus verstanden werden. Wer kontinuierlich handelt, wird wegen eines Deliktes bestraft; wer gewisse Pausen in der Fortsetzung macht, also stückweise, stoßweise ausführt, begeht auch nur ein Delikt. Die aus dem einheitlichen Vorsatz erwachsenden Einzelvollausführungen werden zu einem einheitlichen Delikt juristisch zusammengefaßt. Das Wesen des fortgesetzten Delikts liegt daher, um es kurz zusammenzufassen, in folgendem: es ist eine Handlungsweise, die so zu ahnden ist, als wenn die Pausen und Zwischenräume nicht eingetreten wären, also nach den Grundsätzen der fortdauernden Vergehung. Die fortgesetzte Missetat ist ein Verhalten, welches gerechterweise wie eine fortdauernde Missetat zu bestrafen ist[22]).

Unter den Begriff der juristischen Handlungseinheit gehört weiter das Kollektivdelikt, bei welchem verschiedene Einzelhandlungen, weil sie Ausfluß der gleichen Lebensrichtung[23]) sind, mit einer einzigen Strafe belegt werden. Das StGB. verwendet den Begriff des Kollektivdelikts dann, wenn die Art der Begehung auf eine Gewerbsmäßigkeit Gewohnheitsmäßigkeit oder Geschäftsmäßigkeit schließen läßt. Auf die Unterschiede dieser drei Begehungsformen braucht hier nicht näher eingegangen zu werden, da es eine Frage ist, die allein im materiellen Recht von Bedeutung werden kann, im Prozeß aber niemals von ausschlaggebender Bedeutung werden wird. Es ist jedoch möglich, daß die Gewerbsmäßigkeit usw. einerseits strafschärfender und andererseits strafbegründender Umstand ist. Daß diese verschiedenartigen Möglichkeiten einen Einfluß auf die prozessuale Gestaltung haben können, wird im Laufe der Untersuchung noch zu zeigen sein.

Für die beiden Deliktstypen: fortgesetztes und Kollektivdelikt, ergibt sich daher folgendes: die an sich selbständigen Handlungen werden ihrer Selbständigkeit entkleidet, sie bilden in ihrem Zusammenschluß eine juristische Einheit. Nur so kann man sich unter der unselbständigen Handlung überhaupt etwas vorstellen; nur so kann man dazu gelangen, aus dem Gesetz herauszulesen, daß diese Handlung nur mit einer Strafe, als wäre sie eine einzige Handlung, belegt werden dürfe.

Diese materiellrechtliche Erörterung über das, was unter „Tat" zu verstehen sei, führten von einem ganz engen Tatbegriff (der Einzelregung des Körpers) zur natürlichen Handlungseinheit und von dort weiter zur juristischen Handlungseinheit, einem Begriff, der bereits logisch nicht mehr als eine Handlung, als eine Tat aufzufassen ist.

Kehrt man jetzt wieder zum Ausgangspunkt der Erörterung zurück und vergegenwärtigt sich noch einmal die bereits oben aufgeworfene Forderung von der Verknüpfung von „Identität" und „Tat", so ergibt sich ohne weiteres, daß bei einem so weiten Tatbegriff, wie ihn z. B. die juristische Handlungseinheit darstellt, es häufig nicht leicht sein wird, überhaupt festzustellen, wo die Grenzen einer „Tat" liegen, was mithin identisch sei kann und soll, identisch zwischen Anklage und Eröffnungsbeschluß einerseits und Urteil andererseits. Wenn man nun in den materiellrechtlichen Erörterungen verharrte, um den Tatbegiff zu erklären und abzugrenzen, dann müßten all die angedeuteten Schwierigkeiten bestehen bleiben und sie wären auch — logisch wenigstens — nicht zu beseitigen.

Notwendig muß daher auch noch eine strafprozessuale Erörterung dessen erfolgen, was unter „Tat" zu verstehen sei.

[22]) Kohler a. a. O. S. 155.

[23]) Frank § 74 V 1b.

3a. Man könnte zu der Anschauung kommen, daß der § 264 StPO. unter „Tat" das deliktische Tun des Angeklagten verstehen will: das crimen. Denn nur Delikte können im Strafrecht interessieren. Wenn diese Anschauung zuträfe, dann könnte es im § 264 StPO. kaum einen Zweifel geben über das, was über die erforderliche Übereinstimmung zwischen Anklage und Urteil auszusagen ist; denn dann kann das Urteil nur das Ereignis, welches in der Anklage bereits unter Begriffe der Delikte subsumiert ist, zum Urteilsgegenstand machen. Crimen wäre also rein für sich genommen nichts als ein „Vorurteil" und zwar im buchstäblichsten Sinne des Wortes: ein Urteil über die Tat vor der Einsicht in die Tat. Kommt das Gericht also zu der Erkenntnis, daß sich dieses „crimen" wirklich so zugetragen habe, und daß es juristisch auch in der Weise zu bewerten ist, wie es von der Anklageschrift gewertet wurde, so wird es ohne weiteres sein Urteil sprechen können.

Kommt man allerdings in der Hauptverhandlung zu anderen Erkenntnissen, daß also etwa statt Diebstahl Unterschlagung vorliege, oder daß statt zweier crimina im Fortsetzungszusammenhang deren drei gegeben seien, so könnte in diesem Prozeß kein Urteil ergehen, da das crimen Diebstahl (Eröffnungsbeschluß) ja nicht mit dem crimen Unterschlagung (Urteil) übereinstimmen würde, oder da zwei nicht drei sei; m. a. W. die „bezeichnete Tat" wäre nicht Gegenstand des Urteils, es würde an der notwendigen Identität fehlen. Es müßte also ein neuer Prozeß begonnen werden, der auch erst dann, wenn das crimen der Anklage und des Urteils übereinstimmen, mit einem verurteilenden Urteil enden könnte. Crimen kann daher die „Tat" im § 264 StPO. niemals bedeuten. Dies folgt auch schon bereits aus § 264, II StPO., welcher ausdrücklich sagt, daß das Gericht an diejenige Beurteilung der Tat, welche dem Eröffnungsbeschlusse zugrunde liegt, nicht gebunden sein soll.

b. Weiter wäre zu untersuchen, ob „Tat" im §264 StPO. nicht vielleicht historisches Vorkommnis bedeuten könnte, so daß also der Satz lautete: Gegenstand der Urteilsfindung ist das in der Anklage bezeichnete historische Vorkommnis, wie es sich nach dem Ergebnis der Verhandlung darstellt. Das heißt also, um die Fragen nach der „Tat" wieder mit dem zu behandelnden Thema zu verknüpfen, daß dann Identität der Tat gegeben sei, wenn Anklage und Urteil dasselbe historische Vorkommnis betreffen. Es muß zugegeben werden, daß die allgemeine Meinung — um nicht zu sagen: die herrschende Lehre[24]) — den Standpunkt vom „historischen Vorkommnis" einnimmt. Er erscheint jedoch nicht unbedenklich. Der Unterschied dieser Auffassung zu der weiter oben abgelehnten besteht darin, daß hier die „Tat" völlig losgelöst erscheint von der strafrechtlichen Wertung und nur als reales Geschehen aufgefaßt wird. Beide Anschauungen stellen also im Verhältnis zur „Tat" des § 264 StPO. gewisse Extreme dar, zwischen denen nun nicht etwa die Wahrheit, sondern gerade das Problem liegt.

Drei Gründe scheinen mir besonders gegen die Auffassung vom „historischen Vorkommnis" zu sprechen. Einmal kann das historische Vorkommnis (in der Anklage) unter Umständen nur Teile eines solchen schildern, die allerdings, jedes für sich betrachtet, ein historisches Vorkommnis darstellen; also etwa der Fall, in der die Anklage nur 2 Tatstücke eines gewerbsmäßigen Delikts schildert, in Wahrheit haben sich aber 23 Fälle der Art ereignet. Wenn man nun wirklich die Lehre vom

[24]) RG. 9, 420; 11, 165; 15, 9; 24, 371; 56, 166; Löwe StPO. S. 591, Bennecke-Beling, S. 211; Birkmeyer, S. 684 u. andere.

historischen Vorkommnis konsequent durchführt, muß man eine Verurteilung allein der zwei Fälle für ausreichend halten; denn jeder stellt, für sich betrachtet, ein historisches Vorkommnis dar, das jetzt zum Gegenstand des Urteils gemacht wird. Das bezeichnete historische Vorkommnis der Anklage wäre also — obwohl wesentliche Teile der materiellen Handlungseinheit fehlen — völlig identisch mit dem historischen Vorkommnis des Urteils.

Andererseits ist der Begriff des historischen Vorkommnisses sehr verschwommen, da er für sich betrachtet keinerlei Abgrenzung für den das Gesetz anwendenden Richter bildet. Zu dem historischen Vorkommnis ist soviel strafrechtlich völlig Irrelevantes hinzuzurechnen, was in einem Prozeß niemals interessieren kann. Nicht nur strafrechtlich nicht bedeutungsvolle Nebenumstände sind mit unter das historische Vorkommnis zu fassen, sondern auch Umstände der Außenwelt, Beziehungen des Täters.

Drittens endlich scheint aber folgende Überlegung gegen die Annahme des Begriffs vom historischen Vorkommnis zu sprechen: wie wäre es z. B., wenn das historische Vorkommnis frei erfunden wäre, eine Nicht-Tat bezeichnete? Dann müßte doch statt einer für jeden selbstverständlichen Freisprechung Einstellung des Verfahrens erfolgen, da Freisprechung nur bei einem Gegenstand der Urteilsfindung möglich ist. Das Gericht könnte nicht freisprechen, denn ein freisprechendes Urteil setzt notwendig eine Tat (das wäre ein historisches Vorkommnis) voraus, welche Gegenstand des Urteils ist. Will man dem Gericht vom Standpunkt dieser Ansicht aus (welche die Tat mit historischem Vorkommnis gleichsetzt) überhaupt eine Entscheidung ermöglichen, so muß man entweder die Klage für nichtig erklären oder aber zur Einstellung des Verfahrens seine Zuflucht nehmen. Ein unverständliches Ergebnis! Denn gerade hier, wenn sich eine „Tat" als völlig frei erfunden herausstellt, sollte man doch wohl einen Freispruch erwarten können.

Diese drei Einwände zeigen daher, daß „Tat" im § 264 StPO. nicht „historisches Vorkommnis" bedeuten kann.

c. Wenn man sich vielmehr noch einmal vergegenwärtigt, was eingangs über das Problem der Identität von Vorstellungen gesagt wurde, so ist die Behauptung erlaubt, daß die Bezeichnung der Tat lediglich die Vorstellung von einer Tat bedeuten kann. Diese Vorstellung ist allerdings auszurichten am materiellen Recht. Damit soll gesagt sein, daß die Bezeichnung noch nichts Endgültiges ist, es ist etwas, was seiner fortschreitenden Individualisierung in Hauptverhandlung und Urteil entgegensieht. Diese Bezeichnung ist noch nicht die Bezeichnung etwas schlechthin Strafbaren, sondern vielmehr die Bezeichnung von etwas, was als strafbar in Betracht kommt. „Tat" im § 264 StPO. bedeutet daher nur die hypothetisch strafbare Tat:[25]) Gegenstand der Urteilsfindung ist die in der Anklage als hypothetisch strafbar bezeichnete Tat, wie sie sich nach dem Ergebnisse der Verhandlung darstellt.

Hypothetisch allerdings nicht in der Weise, daß sie nur die Wahrscheinlichkeit der Strafbarkeit darstellt, sondern vielmehr eine Möglichkeit. Man muß sich bewußt sein, daß man mit dieser Deutung eine Akzentverschiebung gegenüber den weiter oben abgelehnten Lösungsversuchen vornimmt; denn dort handelte es sich ausschließlich um die Tat, hier aber vielmehr um deren Vorstellung. Diese Akzentverschiebung erweist sich aber besonders deswegen als notwendig, weil es im

[25]) Beling StPO. § 28. Beling JW. 1925 S. 1010. Beling JW. 1931 S. 216.

§ 264 StPO. ausdrücklich Urteilsfindung und nicht Urteilt heißt, so daß jede Deutung des § 264 StPO. mehr auf die Entwicklung als auf den Zustand verlegt werden muß. Es ist daher aus diesen Gründen unangebracht, an eine Problemlösung schlechthin von der „Tat" aus heranzugehen und zu sagen: „Tat" müßte entweder dies oder das bedeuten. Nein! Man muß vielmehr die Vorstellung von der Tat (oder die in-Betracht-kommende Tat) werten und darauf den Akzent legen und nur dabei die Strafrechtsnorm (crimen) in Beziehung auf das historische Vorkommnis als Wegweiser benutzen.

Die Hypothese selbst wiederum umfaßt dreierlei: Erstens ist es eine Hypothese, eine Annahme, daß schlechthin ein „historisches Vorkommnis" vorliegt, zweitens ist es eine Hypothese von der „Strafbarkeit" (crimen) und drittens, was für das fortgesetzte und Kollektivdelikt besonders wichtig erscheint, eine Hypothese von der Tateinheit.

Drittes Kapitel.

§ 4. Identität der Tat und Bildung einer materiellen Handlungseinheit auf Grund des „hypothetisch strafbaren Tatkomplexes".

1. Der Tatbegriff ist im zweiten Kapitel materiellrechtlich und strafprozessual so weit erläutert, daß jetzt mit der Untersuchung begonnen werden kann, in welcher Weise der Richter — bei notwendig zu wahrender Identität — zu verfahren hat, um bei Vorliegen einer bestimmt bezeichneten Tat in Anklage und Eröffnungsbeschluß das entsprechende Urteil zu finden. „Was" Identität ist, wurde also dargestellt, „wie" sie aber zu finden ist, muß noch dargestellt werden. Im Rahmen dieser Arbeit soll natürlich das Hauptaugenmerk auf das fortgesetzte und Kollektivdelikt gerichtet werden. Nach den bisher angestellten Erörterungen wird es einleuchten, daß sich bei der richterlichen Tätigkeit hier insbesondere zwei Schwierigkeiten ergeben; die eine liegt auf materiellrechtlichem Gebiet, d. h.: wo beginnt überhaupt eine Tat, was ist ferner als e i n e Tat zu werten; die andere Schwierigkeit liegt auf strafprozessualem Gebiet, d. h.: wie hat man im § 264 StPO. das Wort „Tat" aufzufassen? Da im vorhergehenden Abschnitt zu zeigen versucht wurde, daß strafprozessual unter „Tat" die „hypothetisch strafbare Tat" verstanden werden muß, soll hieran angeknüpft werden und im Dritten Kapitel an einer Mehrzahl von Fällen dargestellt werden, wie der Richter, wenn er die Identität der Tat wahren will, zu verfahren hat, um ein der Anklage entsprechendes Urteil zu fällen.

2. Bevor auf diejenigen Fälle vom fortgesetzten und Kollektivdelikt eingegangen werden soll, die die sog. t y p i s c h e n Identitätsprobleme enthalten, sei kurz folgender Fall erörtert. Die Anklage und der Eröffnungsbeschluß bezeichnen die Taten A B C[26]), mithin Taten, die, als in Realkonkurrenz stehend, gewertet worden sind. Im Laufe der Hauptverhandlung ergibt sich aber, daß keine Realkonkurrenz vorliegen könne, sondern daß die Taten in Fortsetzungszusammenhang oder als Kollektivdelikt begangen worden sind.

Die Frage wird daher lauten: Kann das Gericht bei einer derartigen Erkenntnis, obwohl der Eröffnungsbeschluß auf realkonkurrierende Delikte lautete, die Tat als fortgesetztes oder Kollektivdelikt aburteilen?

[26]) Mit A B C usw. sind juristisch-selbständige, mit a b c juristisch-unselbständige Taten bezeichnet.

oder m. a. W.: Kann man, ohne den Grundsatz der Identität anzutasten, aus drei Taten (Eröffnungsbeschluß) eine Tat (Urteil) machen? Es wurde bereits eingangs gesagt, daß dies keine Frage eines sog. typischen Identitätsproblems sei. Es ist vielmehr nur eine Frage nach der andersgearteten rechtlichen Beurteilung[27]).

Denn es handelt sich nicht um ein Mehr oder ein Weniger, was abgeurteilt werden soll, sondern nur um eine andere rechtliche Auffassung.

Etwa folgendes Beispiel: Anklage und Eröffnungsbeschluß bezeichnen drei Diebstahlsfälle nach § 242 StGB. in Verbindung mit § 74 StGB. Auf Grund des Ergebnisses der Hauptverhandlung soll aber lediglich der § 242 StGB. zur Anwendung kommen, da sich herausgestellt hat, daß kein Fall einer Realkonkurrenz vorliege.

Nicht bestreiten läßt es sich, daß aus den drei Prozeßgegenständen, die die Anklage meinte, jetzt ein einziger gemacht werden soll; jedoch nicht in der Weise, daß zwei Prozeßgegenstände fortfielen, sondern so, daß die Dreiheit zu einer Einheit zusammengezogen wird, und zwar auf Grund einer anderen rechtlichen Beurteilung als derjenigen, die die Anklage vorgesehen hatte. Dieser Fall wird durch den § 265 StPO. bereits geregelt, denn dort heißt es, daß dann, wenn statt des in der Anklage genannten Gesetzes ein anderes Gesetz zur Anwendung kommen soll, der Angeklagte auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes aufmerksam zu machen sei. Eine Lösungsmöglichkeit dieser Schwierigkeit scheint also der § 265 StPO. bereits an die Hand zu geben. Ja, man könnte sogar zu der Annahme kommen, daß nicht einmal der Fall dieses Paragraphen vorliege, weil anstatt der im Eröffnungsbeschluß erwähnten §§ 242, 74 StGB. nicht ein anderes Strafgesetz, sondern lediglich der § 242 StGB., dagegen § 74 StGB. überhaupt nicht zur Anwendung kommen soll[28]). Da jedoch bei Annahme eines Fortsetzungszusammenhangs oder eines Kollektivdelikts die Strafe zum mindesten analog nach § 73 StGB. zu bilden war, so könnte man infolge dieser Analogie die Anwendung des § 265 StPO. für geboten halten. Jedoch auch von dieser Auffassung muß abgesehen werden, wenn man sich vergegenwärtigt, welches der Sinn der Bestimmung des § 265 StPO. ist. Sobald nämlich die Tat aus einem andern rechtlichen Gesichtspunkte als demjenigen, der der Eröffnung des Hauptverfahrens zugrunde liegt, abgeurteilt werden soll, ist die Anwendung des § 265 StPO. geboten. Es kommt nun nicht darauf an, daß sich der rechtliche Charakter durch die Anwendung eines andern Gesetzes ändert, sondern es kann auch geschehen, daß durch Fortfall eines Gesetzes dieselbe Wirkung hervorgerufen wird.

Die Antwort auf die oben aufgeworfene Frage würde also lauten: Kommt das Gericht zu der Erkenntnis, daß die ihm als realkonkurrierend bezeichneten Handlungen tatsächlich in Fortsetzungszusammenhang stehen oder ein Kollektivdelikt bilden, so ist es dem Gericht gestattet, diese Tat auf Grund der Anklage zum Gegenstand des Urteils nach § 264 StPO. zu machen; allerdings ist es erforderlich, daß der Angeklagte nach § 265 StPO. auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes aufmerksam gemacht wird. Denn das Urteil nennt nur eine einzige Tat, die sich aus drei unselbständigen Tatstücken zusammensetzt, während die Anklage drei selbständige Taten nannte; es handelt sich also um eine Veränderung der Art, daß aus drei selbständigen Taten drei unselb-

27) RG. Bd. 9. 344; Bd. 20, 288; RG. Rechtspr. Bd. 5 S. 766, Bd. 2 S. 163.

28) RG. Bd. 20 S. 227.

ständige geformt werden, die dann allerdings als eine Einheit im Urteil genannt werden. Insofern ist es daher kein typisches Identitätsproblem, da Anklage und Urteil genau die gleiche strafrechtliche „Quantität" an Taten trifft und nur die „Qualität" der Taten eine andere wird.

Der im Zusammenhang mit den hier zur Erörterung stehenden Fragen des Themas am häufigsten besprochene Fall dürfte folgender sein:

Anklage und Eröffnungsbeschluß geben dem Gericht als Prozeßgegenstand die Tatstücke a b, die im Fortsetzungszusammenhang stehen oder ein Kollektivdelikt bilden. Im Laufe der Verhandlung ergibt sich tatsächlich, daß diese Taten a b in Fortsetzungszusammenhang begangen worden sind, daß sie auch strafbar sind, und daß endlich zu diesen beiden Fällen, die in der Anklage „bezeichnet" sind, noch zwei weitere Handlungen c und d gehören, die nach Auffassung des Gerichts mit den Taten a und b in Fortsetzungszusammenhang stehen.

Die Frage ist daher die: kann der Richter, obwohl ihm in der Anklage nur die beiden Taten a und b bezeichnet worden sind, auch c und d zum Gegenstand des Urteils machen? Würde also mit anderen Worten a b identisch sein mit a b c d? Auf eine mathematische Formel gebracht, müßte die Frage lauten: a b = a b c d.?

Antwort: Nein. Mithin könnte also trotz Kenntnis der Strafbarkeit und trotz Kenntnis des Fortsetzungszusammenhangs von c und d mit a und b der Richter c d nicht zum Gegenstand seines Urteils machen.

Eine solche Lösung würde jedoch weder der Forderung nach Bildung einer juristischen Handlungseinheit gerecht werden noch den Aufgaben des Richters entsprechen. Weiter oben wurde dargestellt, daß durch die Annahme einer juristischen Handlungseinheit die einzelnen, an sich selbständigen Handlungen (selbständig bezüglich des in die Erscheinung getretenen Erfolges und selbständig bezüglich der Strafe) ihre Selbständigkeit einbüßen und Bestandteile einer juristischen Handlungseinheit, sie soll A genannt sein, werden; dem Richter wurde daher nicht a b sondern A bezeichnet, geschildert durch die Stücke a und b der Handlungseinheit A. Urteilte der Richter daher nur a und b ab, so hätte er nicht die Handlungseinheit, sondern nur Teile derselben zum Urteilsgegenstand gemacht. Dies widerspräche aber seiner Aufgabe. Stellen sich ihm vielmehr noch im Laufe des Prozesses weitere Stücke der Handlungseinheit A ein, so ist es seine Aufgabe, diese in das Urteil miteinzubeziehen, da er sonst seine Pflicht versäumen würde. Man kann also nicht fragen: ist a b gleich a b c d, sondern vielmehr ist A dargestellt oder besser vorgestellt durch a b identisch mit A, dargestellt durch a b c d? Diese Frage muß bejaht werden. Es handelt sich dabei um eine Konsequenz der Art, daß dort, wo eine Mehrheit von Handlungen zu einer juristischen Einheit zusammengefaßt wird, diese Einheit als solche in allen juristischen Beziehungen zu behandeln ist[29]).

Eine Verurteilung der Tat a b unter Hinzuziehung der unselbständigen Einzelakte c d muß daher erfolgen und darf erfolgen, ohne den § 266 StPO. zur Anwendung zu bringen[30]), da es sich nicht bei c d um eine andere Tat handelt, als derentwegen das Hauptverfahren eröffnet worden ist.

Daß sich ein derartiges Ergebnis auf Grund des Vorliegens einer juristischen Handlungseinheit ergeben muß, leuchtet ein; ob es aber auch

[29]) RG. Bd. 9 S. 348.

[30]) RG. Bd. 7 S. 32; Bd. 24, S. 420; Bd. 41, S. 110; RG. im Recht 27 Nr. 585. Graf zu Dohna StPO. S. 206.

wirklich der Gerechtigkeit entspricht, wäre noch zu prüfen. Gerechtigkeit wird zwar immer dann vorliegen, wenn der Rechtsordnungsbrecher für alle seine Rechtsbrüche bestraft worden ist. Bestraft werden soll und kann er aber nur auf Grund des bei uns geltenden Klageformprinzips für Taten, die ihm die Anklage zur Last legt. Ist ihm aber einmal etwas zur Last gelegt worden, und er deshalb rechtskräftig abgeurteilt worden, so verlangt es wiederum die Gerechtigkeit, daß er wegen derselben Tat nicht noch einmal abgeurteilt werden kann. Einem zweiten Prozeß über die gleiche Tat (A = a b c d) steht aber der Grundsatz der materiellen Rechtskraft entgegen.

Der Satz von der materiellen Rechtskraft aber enthält die drei Forderungen[31]): Schutz für den Angeklagten, Begründung der öffentlichen Rechtssicherheit und Erhaltung der Autorität vor der öffentlichen Rechtsprechung. Dieser Satz enthält aber neben den drei Forderungen noch die eine wichtige Funktion: den Richter des Erstprozesses zu veranlassen, mit allen ihm zu Gebote stehenden Mitteln die Tat zu erforschen, um ein faktisches Auseinanderfallen von materieller Rechtskraft und materieller Gerechtigkeit zu verhüten.

Da es sich also in einem zweiten Prozeß wegen der Annahme einer juristischen Handlungseinheit von a und b mit c und d um „dieselbe" Tat handeln würde, diese aber nicht nochmals Gegenstand eines Prozesses werden kann, darf nicht nur, sondern muß sogar der Richter des Erstprozesses seine Nachforschungen soweit ausdehnen, daß tatsächlich auch c und d mit zur Aburteilung gelangen können, damit das Urteil der materiellen Wahrheit und Gerechtigkeit so nahe wie möglich kommt, und ein Auseinanderfallen von materieller Rechtskraft und materieller Gerechtigkeit möglichst vermieden wird. Zwei juristische Grundsätze zwingen daher dazu, die in Fortsetzungszusammenhang stehenden Taten c und d mitabzuurteilen: erstens der Satz von der juristischen Handlungseinheit und zweitens der Grundsatz von der materiellen Rechtskraft.

Denkbar wäre ferner folgender Fall: Im Eröffnungsbeschluß und in der Anklage steht die Tat A bezeichnet. Das Gericht kommt im Laufe der Hauptverhandlung zu der Erkenntnis, daß sich dieses A, etwa ein Diebstahl am 2. Juli, nicht allein zugetragen habe, sondern daß es Glied einer Kette von Diebstählen ist, die alle untereinander im Fortsetzungszusammenhang stehen. Kann der Richter auch in diesem Falle die sich im Laufe der Hauptverhandlung herausstellenden Taten b c d zum Urteilsgegenstand machen?

Hierbei könnten sich zwei Schwierigkeiten in den Weg stellen; einmal handelt es sich in der Anklage nur um eine Tat, während Urteilsgegenstand, wenn die aufgeworfene Frage zu bejahen sein sollte, vier Taten und außerdem unselbständige Taten wären.

Anders wie in dem weiter oben erörterten Falle würde es sich hier um die Veränderung eines rechtlichen Gesichtspunktes handeln, auf den der Angeklagte nach § 265 StPO. aufmerksam zu machen wäre. Denn zweifellos liegt dann eine Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes vor, wenn die Anklage eine selbständige Handlung, der erkennende Richter aber ein fortgesetztes Delikt annimmt[32]). Eine solche abweichende Beurteilung der Tat, welche statt einer einzelnen selbständigen Tat eine Mehrheit unselbständiger Taten setzt, kann aber den Angeklagten be-

[31]) Kohlrausch a. a. O. S. 57.
[32]) RG. Bd. 20 S. 228.

schweren, wenn sie geeignet ist, der Verteidigung eine andere Richtung zu geben.

Diese Untersuchung, ob die Anwendung des § 265 StPO. erforderlich ist, ging aber von der Unterstellung aus, daß es dem Richter gestattet sei, von einer einzelnen in der Anklage als selbständig bezeichneten Tat zu einer Reihe unselbständiger Taten überzugehen. Diese Unterstellung bedarf daher im folgenden einer näheren Begründung. Bezeichnet ist allein die selbständige Tat A, begangen wurden aber in Wahrheit die unselbständigen Taten a b c d. Daß A nicht mit a b c d identisch ist, leuchtet ein. Wie im vorhergehenden Falle liegt es aber auch hier wiederum so, daß das historische Ereignis A nur durch a geschildert wurde. Aufgabe des Gerichts war es daher, diesen Teil a zu der materiellen Handlungseinheit a b c d zu ergänzen[33]).

Hätte daher das Gericht allein die Tat a abgeurteilt, so wäre es seiner Aufgabe nur teilweise nachgekommen; statt der materiellen Handlungseinheit A wäre nur ein Stück dieser Tat zur Aburteilung gekommen. Wenn also das Gericht zu der Erkenntnis kommt, daß die in der Anklage als selbständig bezeichnete Tat Stück einer materiellen Handlungseinheit ist, so mus es zur Bildung der materiellen Handlungseinheit die übrigen Stücke mit in den Gegenstand des Urteils einbeziehen.

Ein nicht unbeachtliches Problem ist in diesem Zusammenhange die Frage der Rechtshängigkeit. Das Reichsgericht sagt dazu folgendes: wohl begründet die Anklage wegen eines Kollektivdelikts die Einrede der Rechtshängigkeit gegenüber der Anklage wegen eines Einzelfalles, dagegen nicht umgekehrt die Anklage wegen eines Einzelfalles, die Einrede der Rechtshängigkeit gegenüber der Anklage wegen eines Kollektivdeliktes[34]).

Auf den behandelten Fall angewandt, hieße das also, daß bei einer Anklage von A die Einrede der Rechtshängigkeit gegenüber einem zweiten Prozeß, der wenige Zeit etwa nach dem ersten Prozeß beginnt, nicht gegeben wäre. Wie ist es nun aber, wenn — wie hier — der Richter des Erstprozesses im Laufe der Verhandlung zu der Annahme kommt, daß A nur Glied eines Kollektivdelikts sei und daher auch a b c zum Gegenstand des Urteils zu machen sei? Könnte es daher nicht geschehen, da ja das Reichsgericht die Einrede der Rechtshängigkeit versagt, daß infolgedessen einzelne Taten zweimal abgeurteilt werden (b c d war also vor einem zweiten Gericht anhängig)? Oder ist es dem Erstrichter vielleicht durch die Anklage in einem zweiten Prozeß verwehrt, seine Untersuchung auf b c d zu erstrecken? Oder steht allein dem zu zweit erlassenen Urteil der Grundsaß des Ne bis in idem entgegen?

Die reichsgerichtliche Anschauung scheint m. E. nicht überzeugend; denn wenn im ersten Prozeß nur die Tat A als selbständige Tat „bezeichnet" ist, so ist dennoch die ganze in Betracht kommende Kette in iudicium deduziert. Das ist aber entscheidend und genügend für die Frage der Rechtshängigkeit. Warum sollte hier auch ein Unterschied gemacht werden zwischen diesem Fall und demjenigen, in welchem im

[33]) Doerr, Gerichtssaal 71 S. 221; OLG. München in Bayr. Entscheid. i. Strafsachen Bd. 2 S. 556; dagegen Farnbacher S. 391. Gerland JW. 1928 S. 2247 für den Erstprozeß wie hier, doch für den Zweitprozeß mit der Einschränkung, daß das Zweitgericht an die Feststellung des Erstrichters gebunden sein soll; ein interessanter Beitrag zu dem Verhältnis von möglicher Ausdehnung des Urteilsgegenstandes und dem Grundsatz des Ne bis in idem; siehe hierzu bes. Kap. IV.

[34]) RG., Bd. 41, S. 110.

zuerst anhängigen Prozeß ein fortgesetztes Delikt in der Anklage bezeichnet ist und in einem zweiten Prozeß ein dort nicht genanntes Delikt anhängig gemacht wird? Wenn man nämlich die schrittweise Bildung des Prozeßgegenstandes (darüber ausführlich im folgenden Abschnitt) ablehnt und sagt, daß durch die Bezeichnung alles strafbar in Betracht Kommende rechtshängig sei, so muß man auch in diesem Falle dazu kommen, daß bei Bezeichnung der Tatstücke b c d in einem zweiten Prozeß die Einrede der Rechtshängigkeit begründet ist, wenn in einem andern Verfahren lediglich A angeklagt ist.

3. War es bisher nicht notwendig, eine Unterscheidung zwischen fortgesetztem und Kollektivdelikt zu machen, so sollen im folgenden diese beiden Deliktstypen eine getrennte Behandlung erfahren.

Es handelt sich dabei um folgende Frage: ist es rechtlich zulässig, d. h. ist die in § 264 StPO. geforderte Identität gewahrt, wenn bei einer Anklage der Taten a b, die sich im Laufe der Verhandlung als straflos herausstellen, die Taten c d zur Aburteilung kommen, falls c d — die Strafbarkeit der Taten a b unterstellt — mit diesem eine materielle Handlungseinheit (sei es als fortgesetztes oder Kollektivdelikt) bildeten?

Bezüglich dieser Frage gehen die Antworten weit auseinander. Auf der einen Seite steht das Reichsgericht mit einer Reihe von Wissenschaftlern[35]), auf der andern Seite vor allem Beling[36]), der gegen die Anschauung des Reichsgerichtes heftig polemisiert.

Lagen also in den bisher behandelten Fällen immer noch strafbare Handlungselemente der bezeichneten Tat vor, die schon die Anklage nannte, im Urteil aber nur noch erweitert (ergänzt) zu werden brauchten, so ist es im folgenden so, daß die bezeichneten Handlungselemente des Eröffnungsbeschlusses sich im Laufe der Verhandlung als gar keine Handlungselemente erweisen. Man hätte wohl in den Fällen des § 4, 2, ohne in Schwierigkeiten zu kommen, für „Tat" im § 264 StPO. „historisches Vorkommnis" einsetzen können. Erst jetzt wird sich die Berechtigung des Einwandes im § 3 Ziff. 3c herausstellen. Denn es wird sich zeigen, daß die Lehre vom „historischen Vorkommnis" an dem jetzt zu behandelnden Falle scheitern muß.

Die verschiedenartige Beantwortung auf die Frage nach der Identität bei Handlungen, die sich als straflos herausstellen, ergibt sich daher im wesentlichen aus einer unterschiedlichen Einstellung zu dem, was unter Tat im § 264 StPO. zu verstehen sei, und ferner daraus, wie die Bildung des Prozeßgegenstandes vorzustellen sei.

Die in der Praxis herrschende Lehre gibt auf die Fragen von der „Tat" und von der „Bildung des Prozeßgegenstandes" etwa folgende Antworten: die Straflosigkeit der in der Anklage genannten Einzelhandlungen besagt, daß es an einer Strafbarkeit fehle. Da ein fortge-

35) RG., Bd. 23, S. 230; 24, 419; 54, 334; Löwe, II. Buch, 1. Abschn. Anm. 24 c, S. 413; Liu, S. 86, Bockshammer, S. 60. Anm.

36) Beling, StPO. § 28; JW. 1925, S. 1010, Anm.; JW. 1931, S. 216, Anm. Doerr, Ger. Sl. Bd. 71, S. 216 mit falschem Zitat f. d. reichsgerichtliche Auffassung. Denn der Fall in RG., Bd. 15, S. 133, betrifft kein fortgesetz. Delikt, sondern eine Einzelhandlung, die rechtskräftig freigesprochen ist, deren weiterer Verfolgung in einem 2. Prozeß das RG. Ne bis in idem entgegenhält. Auch die OLG.-Entsch. München a. a. O., Bd. 2, S. 59, betr. nicht den fragl. Fall, sondern einen Fall eines Dauerdelikts. Ehrhardt, S. 65; Birckel mit der Einschränkung, daß dann im Zweitprozeß Ne bis in idem durchgreife, wenn sich für den Zweitrichter die Strafbarkeit der Fälle, die durch das erste Urteil für straffrei erklärt worden sind, herausstellt.

seßtes Delikt nur aus strafbaren Einzelhandlungen bestehen kann, so ist ein Fortseßungszusammenhang mit straflosen Einzelhandlungen undenkbar. Die beiderseitigen Handlungen könnten also nicht als „dieselbe" Tat aufgefaßt werden. Es ergäbe sich also mit logischer Notwendigkeit, daß die im Laufe der Hauptverhandlung noch zur Sprache kommenden strafbaren Handlungen, die, wenn die unter Anklage stehenden strafbar wären, mit dieser einen Fortseßungszusammenhang bildeten, nicht abgeurteilt werden können, da es an jeder Identität wegen fehlender materieller Handlungseinheit mangele. Soviel allein besage das freisprechende Urteil, daß im Fall eines zweiten Prozesses bezüglich der vor dem Urteil liegenden Taten die Annahme eines Fortseßungszusammenhangs ausgeschlossen sei, eine weitere konsumierende Wirkung auf die Strafklage aber nur bezüglich derjenigen konkreten Einzelhandlungen einträte, welche in der Anklage vorgebracht und damit Gegenstand der Aburteilung geworden seien[37]).

Auf den ersten Prozeß übertragen bedeutet also diese Schlußfolgerung, daß zuerst einmal die bezeichnete Tat auf ihre Strafbarkeit hin zu prüfen sei. Die Aufgabe einer weiteren Prüfung entfällt aber, sobald sich die Straflosigkeit erwiesen habe, da die bezeichneten Taten a b niemals Handlungselemente einer später zu bildenden Tat A sein können. Beling[38]) formuliert diese Anschauung dahin: „Wo es sich um ein fortgeseßtes Delikt handelt, hat das Gericht nicht wie sonst von vornherein die Aufgabe, dem „historischen Ereignis" als Ganzem nachzuspüren, sondern es hat vorerst lediglich die Aufgabe, die in der Anklage genannten Einzelhandlungen zu würdigen. Ergibt sich diese als nicht strafbar, so hat das Gericht seine Aufgabe erledigt. Ergibt sie sich als im Sinne eines fortgeseßten Deliktes strafbar, so ist nach weiteren dazugehörigen Handlungen Umschau zu halten."

Bei dieser Lösung der Frage ergeben sich daher die Antworten auf die weiter oben aufgeworfenen Fragen, was im § 264 StPO. unter „Tat" zu verstehen sei und wie an Hand des Prozeßgegenstandes der Urteilsgegenstand zur materiellen Handlungseinheit zu ergänzen sei. Unter Tat, sagt das Reichsgericht, sei das historische Vorkommnis zu verstehen, d. h. es muß sich in der bezeichneten Tat um strafbare Handlungselemente eines historischen Vorkommnisses handeln, die sich dann erst infolge des Rechtsanwendungsimperativs des § 264 StPO. zu einer materiellen Handlungseinheit zusammenschließen lassen. Bezeichnet mithin der Eröffnungsbeschluß gar kein strafbar historisches Vorkommnis, so entzieht sich die weitere Prüfung der Aufgabe des Gerichts, da eine Aufgabe zur weiteren Prüfung immer erst dann gegeben sei, wenn die bezeichnete Tat wirklich Handlungselemente eines strafbar historischen Vorkommnisses enthält.

„Tat" in § 264 StPO. ist also für diese Lehre das strafbar historische Vorkommnis[39]) und Bildung des Urteilsgegenstandes eine Aufgabe, die schrittweise erledigt werden muß, d. h. nach Prüfung der in der Anklage bezeichneten Tat kann erst dann in eine weitere Prüfung eingetreten werden, wenn die Strafbarkeit dieser Momente vorliegt.

Bei dieser Auffassung ist folgendes beachtlich: den Ausgangspunkt der Erörterung bildet eine materiell-rechtliche Subsumption, die im Augenblicke des Beginns der strafprozessualen Tätigkeit bereits voll-

[37]) RG., Bd. 24, 420; JW. 1914, S. 893 u. a.
[38]) Beling, JW. 1931, S. 216.
[39]) RG., Bd. 15, S. 133 u. a.

zogen ist. Ob diese Auffassung jedoch aus den Bestimmungen der Strafprozeßordnung herleitbar ist, bedürfte einer eingehenden Untersuchung. Es scheint also im wesentlichen an dem Zeitpunkt der materiellrechtlichen Subsumption zu liegen; mithin wäre zu fragen: ist es zulässig, daß die Subsumption bereits so früh erfolgt, wie sie vom Reichsgericht vollzogen wird?

Auszugehen ist bei der Antwort auch hier wieder vom Gesetze selbst und zwar vom § 264 StPO. Im § 264 StPO. heißt es: „Gegenstand der Urteilsfindung ist die in der Anklage bezeichnete Tat, wie sie sich nach dem Ergebnisse der Hauptverhandlung darstellt."

Nach dieser Bestimmung der Strafprozeßordnung erstreckt sich die richterliche Aufgabe auf das ganze geschichtliche Ereignis, der Prozeßgegenstand wird sofort und dauernd mit der Klage festgelegt; dabei ist zu beachten, daß „geschichtliches Ereignis" im prozessualen Sinne als Aufgabe für Untersuchung und Entscheidung nicht die strafbare Tat bedeuten kann — denn dann wäre bereits eine materiellrechtliche Subsumption vollzogen —, sondern es kann nur bedeuten: das in Betracht kommende strafbare geschichtliche Ereignis; oder nach Beling[40]): das hypothetisch strafbare geschichtliche Ereignis ohne jede materiellrechtliche Subsumption, allerdings — wie bereits im § 3, 3 gesagt wurde — auszurichten am materiellen Recht.

Wenn man sich die Aufgabe des Gerichts in dieser Weise vorstellt, dann sieht man als Prozeßthema einen Lebensausschnitt aus dem Leben des Beklagten, in welchen kraft des Rechtsanwendungsimperativs materiellrechtliche Momente hineingetragen werden, während die Gegner dieser Anschauung nicht von vornherein einen Lebensausschnitt sehen, sondern an Hand der „bezeichneten Tat" unter Zuhilfenahme materiellrechtlicher Sätze in einen Lebensabschnitt einzudrigen versuchen. Die Möglichkeit einer derartigen Bildung ist aber für sie nicht von vornherein als Aufgabe gestellt, sondern ergibt sich erst in dem Augenblick, wo sich die Strafbarkeit der „bezeichneten Tat" herausstellt.

Kommen die Vertreter dieser Anschauung daher zu der Auffassung, daß die „bezeichneten Taten" a b nicht strafbar sind, so glauben sie damit die prozessuale Aufgabe erfüllt zu haben, wenn wegen a b freigesprochen wird. Konsequenter Weise steht natürlich einer späteren Aburteilung der Taten c d das freisprechende Urteil des Erstprozesses nicht entgegen.

Beling sieht anders[41]): Für ihn ist es nicht die Aufgabe, a b allein zu untersuchen, sondern A. Sollte sich dabei wirklich herausstellen, daß a und b nicht strafbar sind (auch für Beling muß a und b geschehen sein), so hindert das nicht, daß trotzdem c und d als Prozeßgegenstand aufgefaßt wird, also Freisprechung bezüglich a und b und Verurteilung wegen c und d erfolgt. Denn, so argumentiert Beling: dadurch, daß sich die „Tat" als nicht strafbar herausstellt, entfällt die Aburteilungsaufgabe des Gereichtes nicht. Daraus ergibt sich, daß auch da, wo es sich um ein fortgesetztes Delikt als Prozeßgegenstand handelt, es auch nur als hypothetisch strafbar historisches Ereignis im Fortsetzungszusammenhang oder als Kollektivdelikt zu fassen sei. Es sind zu der in der Klage bezeichneten Einzelhandlungen alle im Fortsetzungszusammenhange mit ihr stehenden ohne Rücksicht darauf hinzuzudenken, ob jener Urbestandteil des Ganzen, und ob die dazu hinzukommenden Tatstücke

[40]) Beling, StPO. § 28; JW. 1925, S. 1010 Anm.; JW. 1931, S. 216 Anm.

[41]) Siehe Anm. 40.

überhaupt strafbare historische Vorkommnisse sind. Diese Anschauung sieht in der Bildung nichts als eine prozessuale Aufgabe, vorläufig unabhängig von materiellrechtlicher Beurteilung. Etwas materiellrechtliches kann erst an die „Taten" im Augenblick der Urteilsfindung herangetragen werden. Diese Lehre stellt fest, daß ein materiellrechtlicher Satz — für die Subsumption der Tat unter einen Verbrechensbegriff — für die Umreißung und Abgrenzung des Prozeßgegenstandes keine Rolle spielen darf. Von der Prüfung der Strafbarkeit des Urbestandteiles hängt nicht ab, welches die Aufgabe des Gerichtes sei. Seine Funktion ist für die dem Gericht gestellte Aufgabe nur die, an ihn unter Unterstellung, daß es strafbar sein könne, anzuknüpfen, um das gleichfalls hypothetische Ganze als Prozeßgegenstand vor Augen zu stellen. Oder um die Frage nach der Identität mit diesem Problem wieder zu verknüpfen: wenn man sich A verkörpert durch a b vorgestellt hat, diese Vorstellung aber falsch war, da sich A nur durch c d vorstellen läßt, dann ist trotzdem, wenn A nachher Gegenstand des Urteils wird, A (Eröffnungsbeschluß) mit A (Urteil) identisch.

Zwei Anschauungen stehen sich also diametral gegenüber: die eine sagt: Zuerst Betrachtung der „bezeichneten Tat" bezüglich ihrer Strafbarkeit; ist sie gegeben, dann erfolgt bei Annahme von Fortsetzungszusammenhang oder „Kollektivität" eine schrittweise, ausdehnende Untersuchung auf die nichtbezeichneten Taten. Entfällt aber die Strafbarkeit, ist mithin kein Handlungselement einer zu bildenden materiellen Handlungseinheit A gegeben, so entfällt eine weitere Aufgabe des Gerichtes, da es unmöglich sei, daß das für nicht strafbar Erkannte in Fortsetzungszusammenhang stehen könne mit strafbaren Taten.

Die andere Anschauung sagt: Schrittweise Bildung des Prozeßgegenstandes ist eine nicht gestattete Verquickung materiellrechtlicher Sätze mit prozessualen Aufgaben. Denn die „bezeichnete Tat" im prozessualen Sinne bedeutet nicht schlechthin die strafbare Tat, sondern die hypothetisch strafbare Tat. Der Zeitpunkt der Subsumption fällt also erst mit dem Zeitpunkt der Urteilsbildung zusammen.

Welcher Anschauung ist zu folgen? Die erste Anschauung (hauptsächlich vertreten vom Reichsgericht) ist m. E. erstens nicht streng logisch, zweitens aber auch nicht konsequent, endlich drittens wird sie dem Geiste der §§ 264, 265 StPO. nicht gerecht.

Wenn man sich nur die „bezeichnete Tat" zum Prozeßgegenstand nimmt, so mag diese Anschauung wörtlich mit dem § 264 StPO. übereinstimmen. Nichts ist jedoch in jenem Paragraphen davon gesagt, daß die „Tat" bereits während des Prozesses materiellrechtlich unter einen Verbrechensbegriff zu subsumieren sei; das ist vielmehr erst Inhalt des Sachurteils. In § 264 StPO. wird nur eine Prozeßaufgabe gestellt, die an Hand in Betracht kommender Deliktsnormen zu prüfen ist.

Konsequent deswegen nicht, weil im Falle der sich ergebenden Strafbarkeit diese Lehre sich sehr wohl verpflichtet glaubt, wegen des Rechtsanwendungsimperativs nach weiteren in Betracht kommenden Tatstücken Umschau zu halten, also auch nicht allein die „bezeichnete Tat" zum Urteilsgegenstand macht, sondern die „bezeichnete Tat" zu der „in Betracht kommenden Tat" ergänzt. Das Reichsgericht freilich glaubt gerade konsequent zu sein, weil nämlich aus der Art, wie es die materielle Handlungseinheit bilde ja gerade folge, daß die Voraussetzung für ein weiteres Tätigwerden ein strafbares Handlungselement sei, und dann erst ein weiteres Umschauen in Betracht kommen könne. Aus

keinem Paragraphen der Strafprozeßordnung läßt sich jedoch ableiten, daß diese Konsequenz der schrittweisen Bildung des Prozeßgegenstandes vom Richter gefordert würde.

Der Geist der Strafprozeßordnung verlangt es im Gegenteil, eine Mehrzahl von Prozessen dort zu vermeiden, wo der Fall durch einen Prozeß zu erledigen ist. Zwar mag die völlige Aufdeckung des „Vorlebens" zunächst unwillkommen für den Angeklagten sein[42]), schließlich aber wirkt es sich sowohl für das Gericht, wie auch für den Angeklagten prozeßökonomisch aus, wenn möglichst vieles im anhängigen Prozeß erledigt wird. Warum sollte der Angeklagte den Unerfreulichkeiten eines zweiten Prozesses nur deswegen ausgesetzt sein, weil er wegen der „bezeichneten Tat" nicht verurteilt werden kann (da sie sich als straflos herausgestellt hat), jedoch davor bewahrt bleiben, wenn sich die Strafbarkeit dieser Taten ergibt?

Die Anschauung des Reichsgerichtes muß daher m. E. wegen dieser verschiedenartigen Bedenken abgelehnt werden. Wenn in dieser Streitfrage der Beling'schen Ansicht gefolgt werden soll, so erscheint es erforderlich, auf die Konsequenzen, die sich aus dieser Auffassung ergeben, näher einzugehen. Jedoch soll dies im Interesse einer übersichtlichen Darstellung in einem späteren Paragraphen behandelt werden.

Im folgenden soll erst das zur Erörterung stehende Problem zu Ende durchgeführt werden. Hierbei erscheint es erforderlich, die bisher noch nicht notwendig gewordene Scheidung von fortgesetztem und Kollektivdelikt vorzunehmen, da beide Deliktsarten eine verschiedenartige Behandlung vom Reichsgericht erfahren haben.

Das fortgesetzte Delikt wird vom Reichsgericht so behandelt, wie es weiter oben in den sogenannten allgemeinen Erörterungen dargestellt wurde, d. h. wurden die Taten a b in der Anklage bezeichnet und stellt sich ihre Straflosigkeit (etwa, weil ein Rechtfertigungsgrund, Schuldausschließungsgrund oder ähnliches vorlag) heraus, so ist damit die Aufgabe des Gerichts erledigt. Die Möglichkeit einer Aburteilung der Taten c d im ersten Prozeß wird vom Reichsgericht verneint. Nur soviel steht für den — allerdings in diesem Zusammenhang nicht interessierenden — zweiten Prozeß fest, daß eine Aburteilung der sich später ergebenden Taten c d als fortgesetztes Delikt nicht mehr möglich ist, da durch das erste — freisprechende — Urteil der Fortsetzungszusammenhang eben schlechthin verneint ist.

Grundsätzlich auf der gleichen Anschauung steht auch das Reichsgericht für das Kollektivdelikt[43]). Jedoch findet sich hier eine Entscheidung, die unter Umständen eine andere Einstellung vermuten läßt[44]).

Da ein Kollektivdelikt sowohl möglich ist, wenn die einzelnen Handlungen an sich schon strafbar sind und die hinzutretende Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit Tatbestandselement für die Strafbarkeit bildet, sollen diese beiden Möglichkeiten hier getrennt untersucht werden.

Der Kollektivcharakter bildet ein strafschärfendes Moment: Anklage und Eröffnungsbeschluß bezeichnen die Taten a b, die sich als straflos erweisen. Einbeziehung der Taten c d in das Urteil unmöglich. So das Reichsgericht in ständiger Rechtssprechung. Hierzu findet sich jedoch im

[42]) Beling, JW. 1931, S. 216 Anm.

[43]) RG., Bd. 23, 232; 24, 420; 41, 110; 47, 400; 54, 333; ebenso Farnbacher a. a. O. Ger.Saal. Bd. 54, 396; a. A. Liszt-Schmidt. S. 243, Anm. 8.

[44]) RG. Bd. 58. S. 116.

Bd. 58, S. 116, eine recht wesentliche Ausnahme. Zwar läßt das Reichsgericht nicht völlig klar erkennen, ob es tatsächlich seine alte Anschauung aufgibt und sich zu der Lehre von der hypothetisch strafbaren Tat bekennt; so viel jedoch scheint festzustehen, daß zum mindesten die Vermutung nahe liegt, im Wege der Auslegung hier eine Abweichung von der alten Regel zu finden.

Es handelt sich dabei um folgendes: im Eröffnungsbeschluß heißt es, daß X beschuldigt wird, von M Sachen gewerbsmäßig an sich gebracht zu haben, von denen er wußte, daß M sie gestohlen habe. Nach dem Eröffnungsbeschluß erwirbt X von O wiederum gewerbsmäßig gestohlene Sachen, von denen er auch wußte, daß der O sie gestohlen habe. Die Strafkammer betrachtet beide Handlungsgruppen als einheitliches Kollektivdelikt und — entgegen der sonstigen Einstellung — spricht das Gericht wegen der von M erworbenen Sachen frei (da die Kenntnis von der Herkunft der Sachen sich nicht nachweisen ließ) und verurteilt allein wegen des Erwerbs von O, also wegen Taten, die der Eröffnungsbeschluß nicht genannt hat.

Eine Abkehr von der alten Lehre? Man ist geneigt, diese Frage zu bejahen; zu Bedenken Anlaß gibt jedoch folgendes: Wegen des Erwerbs von O hatte die Staatsanwaltschaft eine sog. „Nachklageschrift" eingereicht. Man könnte dieser Auslegung hier entgegenhalten, daß es sich um eine neue Anklage und einen neuen Eröffnungsbeschluß bezüglich des Ankaufs von O handele. Dies jedoch käme dann zum mindesten in der Entscheidung keinesfalls klar zum Ausdruck, so daß also die Vermutung nahe liegt, diese Taten seien mit in die erste Anklage und den ersten Eröffnungsbeschluß hineinbezogen worden, daß also dort als „bezeichnete Taten" allein die gewerbsmäßigen Ankäufe von M zu finden waren. Eindeutig läßt sich das aber aus der Entscheidung nicht herauslesen, da dort auf die „Nachklageschrift" nicht näher eingegangen ist. Sollten jedoch im Eröffnungsbeschluß tatsächlich nur die gewerbsmäßigen Ankäufe von M, also etwa die Taten, a b c, gestanden haben, diese aber wegen Mangels an Beweisen nicht zur Verurteilung gekommen sein, vielmehr nur die nicht im Eröffnungsbeschluß genannten Taten d e f, dann läge hier doch vielleicht der Beginn einer Entwicklung vor, wie sie die Lehre von der hypothetisch strafbaren Tat fordert.

Eine eigentümlich übereinstimmende Beurteilung der Fälle, in denen die Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit Tatbestandselement ist, findet sich bei den beiden verschiedenen Lehren; eigentümlich insofern, als sie beide mit grundlegend anderer Einstellung die prozessualen Aufgaben fassen und dennoch praktisch zu den gleichen Ergebnissen kommen. Diese Übereinstimmung zeigt sich allerings erst im zweiten Prozeß.

Wie immer, so argumentiert auch hier die Lehre von der hypothetisch strafbaren Tat folgendermaßen: Tat im strafprozessualen Sinne ist die hypthetisch in Betracht kommende strafbare Tat. Sind also z. B. die „bezeichneten Taten" a b des gewerbsmäßigen Glücksspiels nicht strafbar, so ist es die weitere Aufgabe des Gerichts, nach weiteren in Betracht kommenden Handlungen (etwa c d) zu suchen. Findet das Gericht c d, so können diese Tatstücke in einem zweiten Prozeß nicht mehr abgeurteilt werden, da hier das Prinzip des Ne bis in idem entgegensteht.

Anders das Reichsgericht[45]): „Aus der Natur des im § 285 StGB. vorgesehenen Kollektivdelikts ergibt sich hiernach, daß durch das freisprechende Urteil die Strafklage nicht nur wegen der Vorgänge bis zum März 1893, sondern auch wegen der gesamten unter dem Gesichtspunkt des gewerbsmäßigen Handelns fallenden Tätigkeiten des Angeklagten bis zum Tage des Urteils verbraucht wurde."

Hier sagt das Reichsgericht also: Angeklagt sind die Kollektivdelikte a b. Wegen a b wird freigesprochen, auch für c d ist die Strafklage verbraucht. Scheinbar eine Inkonsequenz zu der sonst vertretenen Auffassung und für die andere Auffassung sprechend. Jedoch mit Unrecht!

Denn es wird nicht gesagt, daß c d mitabgeurteilt seien oder — auf die Hauptverhandlung bezogen — Prozeßgegenstand seien (so Beling), sondern nur, daß festgestellt sei, bis zur Urteilsverkündung läge kein Kollektivdelikt vor. Da aber c und d nur als Kollektivdelikte strafbar sein können, folgt aus der Feststellung im ersten Prozeß notwendig, daß c und d nicht mehr Urteilsgegenstand werden können, weil ein Kollektivcharakter bis zum Urteil schlechthin verneint worden ist. Das Reichsgericht kommt zu dieser Anschauung nicht wegen der zu bejahenden Identität, sondern infolge einer Deduktion aus der Rechtskraft des Urteils.

Das Reichsgericht bleibt also ohne Widerspruch mit sich selbst bei seiner alten Anschauung: nämlich, daß durch Freispruch nur festgestellt sei, daß bis zum Urteil kein Kollektivdelikt vorliegen könne; hieraus folgt allerdings incidenter die Straflosigkeit von c und d. Beling hingegen will, daß auf jeden Fall trotz der Straflosigkeit von a und b auch die andern „in Betracht kommenden Taten" mit zum Prozeßgegenstand hinzugezogen werden. Werden sie allerdings übersehen, dann muß auch Beling genau wie das Reichsgericht für einen zweiten Prozeß folgern, daß c und d nicht mehr Gegenstand eines Urteils sein können, da hier das Prinzip des Ne bis in idem entgegensteht.

Praktisch übereinstimmend sind daher beide Anschauungen für den Zweitprozeß (hierüber näher im § 6); die Anschauungen divergieren aber im ersten Prozeß, wo das Reichsgericht nur die „bezeichneten Taten" freispricht, während Beling zwar auch freisprechen würde wegen der „bezeichneten Taten", aber verurteilen wegen der sonst noch bekannt werdenden Handlungen.

4. Handelte es sich bei den bisher zur Erörterung gekommenen Fällen immer um eine Ergänzung von Gleichem zu Gleichen, um das Einbeziehen nicht genannter, gleichartiger Taten in das Hauptverfahren und das Urteil, so soll im folgenden eine Darstellung davon gegeben werden, wie sich der Richter zu verhalten hat, wenn in der Anklage und im Eröffnungsbeschluß nur eine strafbare Handlung bezeichnet ist, während sich in der Hauptverhandlung herausstellt, daß durch dasselbe historische Vorkommnis mehrere Strafgesetze verletzt sind; was hat m. a. W. der Richter zum Gegenstand seiner Urteilsfindung zu machen, wenn ihm nur ein Teil eines idealkonkurrierenden Verbrechens bezeichnet worden ist?

Im Interesse des Aufbaus soll hier zunächst von den Fällen gewöhnlicher Idealkonkurrenz ausgegangen werden, um dann Fälle von Ideal-

[45]) RG., B. 26, S. 299.

konkurrenz in Verbindung mit fortgesetzten oder Kollektivdelikten[46]) zu behandeln.

Etwa folgender Fall: Im Eröffnungsbeschluß wurde dem Angeklagten X eine Übertretung wegen Schießens an verbotenem Orte, § 367 Ziff. 8 StPO., zur Last gelegt. Im Laufe der Verhandlung stellt sich heraus, daß durch das Schießen Y körperlich verletzt worden ist. Darf der Richter — seine Zuständigkeit vorausgesetzt — das Delikt des § 230 StGB. mit zum Gegenstand seines Urteils machen?

Auszugehen ist auch wieder von § 264 StPO.: Gegenstand der Urteilsfindung ist die in der Anklage bezeichnete Tat, wie sie sich nach dem Ergebnis der Verhandlung darstellt.

„Bezeichnet" wurde hier allein die Tat des § 367 Ziff. 8 StGB. Sie allein könnte daher, da sie sich im Verlaufe der Verhandlung als eine Übertretung dieser Art ergeben hat, Gegenstand der Urteilsfindung sein. Sie ist aber nur ein Teil einer Handlung, Teil insofern, als bereits die Subsumption unter einen Verbrechensbegriff vollzogen ist — also bereits mit „crimen" bezeichnet wurde. Gegenstand der Urteilsfindung ist aber nicht das „bezeichnete crimen", sondern das „aufgegebene factum". Die in Betracht kommende strafbare Handlung hat der Richter zu werten. Da es sich hier um eine und dieselbe Handlung handelt, die mehrere Strafgesetze verletzt, muß der Richter entsprechend dem Rechtsanwendungsimperativ des § 264 StPO. auch die übrigen strafrechtlich möglichen Bewertungen dieser Handlung ins Auge fassen, ohne dadurch irgendwie die Identität zu verletzen. Wie beim fortgesetzten Delikt und Kollektivdelikt ergibt sich auch hier wieder das eigentümliche Bild, daß ein Teil des Ganzen mit dem Ganzen identisch ist, etwa wie ein Raum der Wohnung mit der ganzen Wohnung. Der Urteilstenor hat im Falle der Idealkonkurrenz sämtliche Delikte zu nennen, derentwegen eine Verurteilung erfolgt. Es ist dies eine mit ziemlicher Einstimmigkeit erhobene Forderung, deren Bedeutung nicht nur auf moralischem Gebiete liegt, sondern auch für den Fall einer später zu begründenden Rückfallstrafe erheblich praktisch wird[47]).

Bezüglich der Frage der Idealkonkurrenz für den Erstprozeß stimmen Theorie und Praxis völlig überein. Eine eigentümliche Wirrnis herrscht allerdings bei der Erörterung des Problems des Ne bis in idem beim Zweitprozeß. Es liegt nicht im Thema der Aufgabe, all diesen Fragen auf den Grund zu gehen; so viel allerdings sei bereits hier angedeutet, daß, ähnlich wie bei der reichsgerichtlichen Judicatur in Fällen des Freispruchs beim fortges. und Kollektivdelikt hier eine durch nichts zu rechtfertigende Gleichstellung von bezeichneter Tat und aufgegebener Tat vorgenommen wird.

Anstatt zu fragen, ob der Richter die r e c h t l i c h e Möglichkeit hatte, nach § 264 StPO. in Verbindung mit § 73 StGB. diese Tat abzuurteilen, fragt man: konnte er t a t s ä c h l i c h sehen, daß es sich hier um einen Fall von Idealkonkurrenz handelt oder nicht. M. E. ein bedauerlicher Fehler. Nichts zwingt allerdings, sich auf den einen oder den andern Standpunkt zu stellen; doch wenn man den Standpunkt der „rechtlichen Möglichkeit" für richtig hält, muß man ihn auch konsequent für a l l e Fälle dieser Art anwenden.

Eine Verbindung zweier bereits behandelter Fälle findet sich bei folgendem: Anklage und Eröffnungsbeschluß lauten auf a b im Fort-

[46]) RG. Bd. 3, S. 210; 25 S. 27; RG. Rechtspr., Bd. 2, S. 271.

[47]) Kohlrausch a. a. O., S. 45.

setzungszusammenhang. Während der Hauptverhandlung stellt sich heraus, daß noch die Tat c mit a b in Fortsetzungszusammenhang steht, und daß ferner c mit einer Tat x ideell konkurriert. Die Frage lautet also für dieses Thema: kann der Richter auch c (in ideeller Konkurrenz mit x) zum Gegenstand seines Urteils machen oder m. a. W. ist

a b identisch mit a b c und x?

Diese Frage müßte verneint werden, wenn nicht auch hier die Konstruktion der juristischen Handlungseinheit angewendet werden könnte. Auch hier wieder ist es kraft des Rechtsanwendungsimperativ dem Richter aufgegeben, auf Grund der bezeichneten Handlungselemente a b die ganze in Betracht kommende strafbare Handlung A zu finden. Hierbei fällt c, da es erwiesenermaßen in Fortsetzungszusammenhang zu a b steht, mit in die aufgegebene Tat. Dadurch aber, daß c mit zu der materiellen Handlungseinheit A gehört, ist das ideellkonkurrierende Delikt auch in den Kreis der Betrachtung gezogen, da c allein factum garnicht ist, sondern bereits crimen, vielmehr c+x das factum darstellt.

Es kann daher auch geschehen, daß das mit c idealkonkurrierende Delikt x Glied einer Kette — etwa x y z in Fortsetzungszusammenhang — ist. Können unter Wahrung der Identität auch diese Fälle noch mit in das Urteil einbezogen werden, wenn die Anklage nur auf die Fälle a b lautete?

Es wäre vielleicht an folgenden Fall zu denken: Der gewerbsmäßige Wilderer X wird beim Durchstreifen des Jagdgebietes vom Förster im Walde gestellt und nach seinem Jagdschein gefragt. X hatte sich am frühen Morgen einen falschen Jagdschein besorgt, um durch Mißbrauch dieses Legitimationspapieres bei einer eventuellen Begegnung mit dem Förster diesen zu täuschen. Dabei sagte sich X, wenn ihm dieser Betrug des Försters gelänge, wolle er sein „Handwerk" aufgeben und von da an bei jeder sich bietenden Gelegenheit sich mit dem falschen Jagdschein bei allen Behörden weiter durchhelfen. Dies gelingt ihm auch.

Es läßt sich nicht bestreiten, daß bei der Täuschung des Försters durch den Mißbrauch eines falschen Legitimationspapieres Idealkonkurrenz mit gewerbsmäßiger Wilderei vorliegt, denn X benutzte die Täuschung zum Zwecke der Aufrechterhaltung des rechtswidrigen Aufenthalts im fremden Jagdgebiet, das er mit der Absicht der Jagdausübung betreten hatte. Dieser Fall der Täuschung steht wiederum in Fortsetzungszusammenhang mit den übrigen Fällen des Mißbrauchs von Legitimationspapieren. Falls die Anklage nur die Tatstücke a b der gewerbsmäßigen Wilderei bezeichnen sollte, sich aber in der Tat all das eben Geschilderte zugetragen hat, dann muß man auch, wenn man konsequent sein will, alle sich im Laufe der Verhandlung ergebenden Delikte mit zum Gegenstand des Urteils machen können, ohne daß gegen den Grundsatz der Identität verstoßen würde. Denn sobald nur eine — wie auch immer geartete — juristische Handlungseinheit vorliegt, ist durch die bezeichnete Tat, wenn sie nur irgendein in Betracht kommendes Handlungselement dieser materiellen Handlungseinheit enthält, r e c h t l i c h die Möglichkeit gegeben und sogar auch die Aufgabe gestellt, diese „bezeichnete Tat" zu der in Betracht kommenden materiellen Handlungseinheit zu ergänzen.

5. Angenommen, es wären in Anklage und Eröffnungsbeschluß die Delikte a b in Fortsetzungszusammenhang bezeichnet worden. Das Gericht sieht noch ein weiteres Vergehen gleicher Art c. Es kommt aber im

Laufe der Hauptverhandlung zu der Überzeugung, daß für a und b der Fortsetzungszusammenhang zu verneinen sei, daß also Realkonkurrenz vorliege; a b bilden also keine materielle Handlungseinheit mehr. Sie sind nicht mehr zu einer „in Betracht kommenden Einheit", etwa A, zu ergänzen, sondern jede Tat ist eine selbständige Einheit. Diese Taten A und B haben mit andern Taten nichts gemeinsam, da sie in sich abgeschlossene Einheiten darstellen. Durch die Hinzunahme von C wäre also keine rechtlich mögliche und erlaubte Ergänzung erfolgt, sondern es wäre zu der bezeichneten Tat etwas hinzugefügt worden, was die Identität der Tat beeinträchtigen würde. Auf eine Formel gebracht, würde dann Eröffnungsbeschluß und Urteil etwa so aussehen:

a b (umzudeuten in A B) nicht gleich A + B + C.

Im Verhältnis zu der im vorigen Fall gefundenen Lösung anscheinend ein unbefriedigendes Ergebnis; denn dort wurde festgestellt, daß bei Bezeichnung einiger Glieder einer Kette von Delikten, die untereinander in Fortsetzungszusammenhang stehen, die Hinzunahme sogar noch anderer Ketten möglich ist, wenn nur irgendwo eine Idealkonkurrenz vorliegt. Hier aber wäre es so, daß trotz der Gleichartigkeit der Delikte eine Hinzunahme eines sogar erkannten, gleichartigen Delikts verneint werden müßte, weil kein Fortsetzungszusammenhang bestand. Zweifellos höchst unerfreulich: denn alles das, was zur Begründung einer Ausdehnung der Aburteilungsbefugnis beim fortges. und Kollektivdelikt gesagt wurde, kann hier beinahe mit gleichem Recht angeführt werden; dort wie hier sollte der Grundsatz der Prozeßökonomie herrschen, dort wie hier sollte dem Angeklagten erspart bleiben wegen gleichartiger bereits erkannter Vergehen mehrere Male vor Gericht gezogen zu werden, zumal dann, wenn sich bereits im ersten Prozeß noch mehrere gleichartige Delikte herausgestellt haben.

Mit einer solchen Entscheidung stellt man sich auf den Standpunkt des Reichsgerichtes und bejaht die schrittweise Bildung des Prozeßgegenstandes. Diese Auffassung wurde jedoch eingehend zu widerlegen versucht. Zwar wurde dieser Fall von Beling noch nirgends in Erwägung gezogen, jedoch müßte er, wie ich glaube, bei seiner Einstellung zu der „in Betracht kommenden Tat" zu ganz anderen Ergebnissen kommen wie das Reichsgericht.

Denn für Beling kann die Frage nie w ä h r e n d des Prozesses aufgeworfen werden, ob tatsächlich die im Eröffnungsbeschluß genannten Taten a b in Fortsetzungszusammenhang stehen oder in Realkonkurrenz begangen worden sind oder nicht, denn dann würde Beling in die von ihm bekämpfte Anschauung von der schrittweisen Bildung des Prozeßgegenstandes verfallen. Beling muß sich während des ganzen Prozesses die in Betracht kommende Handlung anschauen. Er muß also auch für etwa neu auftauchende Fälle Beweis erheben, Zeugen vernehmen usw. Sollte er dann wirklich bei der Beratung des Urteils zu der Erkenntnis kommen, daß die Taten a b c nicht wie bezeichnet in Fortsetzungszusammenhang stehen, sondern in realer Konkurrenz, dann dürfte das für Beling nichts schaden; denn er hat auf Grund seiner Anschauung von der hypothetisch strafbaren Tat und im Interesse einer Prozeßökonomie den in Betracht kommenden strafbaren Tatkomplex angesehen und durchforscht und muß ihn nun — natürlich auch wieder im Interesse einer Prozeßökonomie — mit zum Gegenstand seines Urteils machen, da andernfalls gerade Beling höchst unökonomisch handeln würde. Denn

würde er sich auf den Standpunkt des Reichsgerichtes stellen, dann könnte er nur A und B zur Aburteilung bringen und müßte C fallen lassen, d. h. in einem neuen Prozeß müßte der gesamte Beweisapparat noch einmal aufgezogen werden, die Zeugen müßten noch einmal alle vernommen werden usw. Alles höchst unökonomisch. Außerdem aber auch, wenn Beling hier dem Reichsgerichte folgen wollte, sehr inkonsequent. Denn bei der Freisprechung z. B. stellt er sich doch auf den Standpunkt der „in Betracht kommenden strafbaren Handlung" und erhebt also von Anfang an alles das, was strafbar sein könnte, zum Prozeßgegenstand und läßt sich auch später durch eine Straflosigkeit der „bezeichneten Tat" nicht beirren, sondern urteilt ohne weiteres die strafbaren, die mit den in Betracht kommenden strafbaren hypothetisch in Fortsetzungszusammenhang stünden, mit ab.

Täte er es nicht, dann müßte man gerade ihm höchste Unökonomie vorwerfen. Denn es ist doch nicht anzunehmen, daß die Einführung des Begriffs von der hypothetisch strafbaren Tat nur deshalb erfolgt ist, um einen weiteren Prüfungsrahmen zu haben, doch sicher nur allein deswegen, um ein möglichst weit umfassendes Sachurteil fällen zu können. Ebenso wie beim Freispruch wird auch hier die hypothetisch strafbare Tat betrachtet und dann nach Prüfung und Feststellung der Strafbarkeit abgeurteilt — fast könnte man schon sagen: abgeurteilt, weil sie geprüft ist. Hier dürfte aber gerade ein entscheidender Fehlschuß liegen, auf den näher eingegangen werden muß.

Es ist mir nicht bekannt, ob Beling schon einmal diese Konsequenzen aus seiner Lehre von der „hypothetisch strafbaren Tat" gezogen hat, soviel scheint mir jedenfalls festzustehen, daß sie — als Postulat der Logik — gezogen werden müssen. Jedoch dürfte hier wohl diese Konsequenz von der hypothetisch strafbaren Tat reichlich zu weit gehen. Diese Hypothese hat nämlich zwei Funktionen, die, wie mir scheinen will, vielleicht noch nicht stark genug herausgearbeitet worden sind.

Einmal soll sie als positive Funktion auflockern, d. h. sie soll den Prozeßgegenstand nicht bereits abteilen und aufteilen, sondern sie soll Spielraum lassen für alles, was „in Betracht" kommt. Andererseits aber hat sie auch die negative Funktion insofern, als der Richter bei der Sachurteilsgestaltung alles „nicht in Betracht kommende", (d. h. gemessen an den Vorschriften über Realkonkurrenz) bei der Sachurteilsbildung ausschalten muß. Denn dann muß der Richter rückschauend feststellen, was er an Hand der „bezeichneten Tat" verwerten kann, und was aus der hypothetischen Untersuchung auszuscheiden ist. Auszuscheiden ist aber alles das, was nicht mehr unter eine juristische Handlungseinheit zu fassen ist.

Die Hypothese ist wohl sehr brauchbar für die Bildung des Urteilsgegenstandes, die Hypothese hat eine gute prozessuale Funktion, jedoch findet auch sie ihre Grenze am materiellen Recht und an den Bestimmungen über die juristische Handlungseinheit. Denn es ist nicht möglich, etwa wegen Einführung des Begriffs der Hypothese bei der Bildung des Sachurteilsgegenstandes etwas abzuurteilen, was mit der bezeichneten Tat nichts mehr gemeinsam hat. Denn hier schreibt das Gesetz ausdrücklich im § 264 StPO vor, daß diese völlig neuen Taten nur mit Willen des Angeklagten abgeurteilt werden können. Eine völlig durchgeführte Beling'sche Lehre würde sich daher in Gegensatz zum Gesetze bringen.

Selbst Beling wird nicht leugnen können, daß von Identität hier nicht mehr gesprochen werden kann, da es sich nicht mehr um die Identität

des Teils mit dem Ganzen, sondern etwa um die Behauptung 2= 3 oder 4 = 5 handelt. Außerdem aber würden dem Angeklagten alle die Vorteile eines geordneten Verfahrens, einer genauen staatsanwaltschaftlichen Untersuchung usw. genommen werden, nur wegen der strengen Durchführung des prozessualen Grundsatzes von der hypothetisch strafbaren Tat.

Beling kann zwar weiter p r ü f e n als das Reichsgericht, da er alles in Betracht Kommende untersuchen kann, aber auch e r kann nicht mehr aburteilen, als ihm der Eröffnungsbeschluß gestattet, d. h. bei notwendig zu wahrender Identität: die gesamte juristische Handlungseinheit.

Beide Anschauungen müssen daher in dem Augenblick, wo sie den Fortsetzungszusammenhang oder den Kollektivcharakter eines Tatkomplexes verneinen, sich eines Urteils über nicht bezeichnete, wohl aber schon ermittelte und als strafbar erkannte Fälle enthalten. Die Schwierigkeit liegt eben in der zu großen F r e i h e i t. Eine Hypothese kann sich als freies bewegliches System wohl dem Unfreien anpassen, aber die Freiheit ist eine zu große, sie wird zur Unbestimmtheit. Der hypothetischen Möglichkeiten sind viele, und alle stimmen überein mit dem Problemgehalt des Gegebenen; und doch kann nur e i n e die zutreffende sein. Die „Tat" zieht die Hypothese zwar nach sich, aber sie läßt mehr als e i n e Hypothese zu. Diese Unbestimmtheit, diese Freiheit, macht das Hypothetische aus.

Wenn auch die Lehre von der hypothetisch strafbaren Tat in der Mehrzahl der Fälle etwas durchaus Wertvolles hat, so gibt doch dieses Beispiel zu starken Bedenken Anlaß. Denn wenn man nur immer den Gedanken der Prozeßökonomie so stark in den Vordergrund stellt, so zeigt sich doch deutlich, daß auch diese Forderung ihre Begrenzung hat, und daß die geforderte Ökonomie plötzlich sehr unökonomisch werden kann. Zu all diesen Schwierigkeiten kommt die andere Meinung naturgemäß nicht; denn bevor sie sich die Berechtigung zur weiteren Prüfung gibt, muß sie erst einen Fortsetzungszusammenhang innerhalb der „bezeichneten Tat" festgestellt haben.

Als Abschluß des § 4 soll folgender Fall behandelt werden: In erster Instanz wurden die Taten a b c in Fortsetzungszusammenhang abgeurteilt; gegen dieses Urteil wurde Berufung eingelegt. Es stellt sich bei der Verhandlung in der Berufungsinstanz heraus, daß noch weitere Fälle d e f vom Angeklagten nach der Urteilsverkündung begangen worden sind. Es soll die Frage aufgeworfen werden, ob auch in diesem Falle der Berufungsrichter die Möglichkeit hat, diese Taten, von denen er annimmt, daß sie in Fortsetzungszusammenhang mit den Taten a b c stehen, abzuurteilen.

Eigentümlicherweise ergibt sich hier eine Zweiung in der Möglichkeit der Sachurteilsgestaltung. Es kommt nämlich darauf an, von wem die Berufung und in welcher Art sie eingelegt worden ist. Wurde sie nämlich von seiten des Angeklagten begehrt, so hindert das Verbot der reformatio in peius den Berufungsrichter, die ihm neu erschienenen Fälle mit in das Urteil einzubeziehen, obwohl sie eine materielle Handlungseinheit bilden und obwohl die Grundsätze der Identität nicht verletzt werden würden. Die gleiche Beschränkung ergibt sich für ihn auch dann, wenn der Staatsanwalt zu Gunsten des Angeklagten die Berufung eingelegt hat[48]).

[48]) RG., Bd. 51, S. 253.

Anders liegt jedoch der Fall, wenn die Staatsanwaltschaft zu Ungunsten des Angeklagten die Berufung eingelegt hat, denn dann liegt für den Richter der Berufungsinstanz nicht mehr das Hindernis der reformatio in peius vor, und er kann ungehindert die materielle Handlungseinheit durch Hinzunahme der Taten d e f bilden; hier wäre also der Sachurteilsgegenstand in der Form des Sachurteilsistgegenstandes zu bilden, da den Richter nichts hindert, sich nur auf den Sachurteilssollgegenstand zu beschränken.

Es sollte an den 9 behandelten Fällen gezeigt werden, wann eine Identität zwischen Anklage und Urteil vorliegt, was alles durch die in der Anklage erfolgte Bezeichnung zum Sachurteilsgegenstand gemacht werden kann. Dabei hat sich ergeben, daß immer dann Identität vorliegt, wenn aus dem hypothetisch strafbaren Tatkomplex die entsprechende materielle Handlungseinheit gebildet wird. Es zeigten sich dabei die Vorzüge dieser Lehre gegenüber der Lehre vom „historischen Vorkommnis", aber auch (im vorletzten Beispiel) die Nachteile, die die Lehre von der „hypothetisch strafbaren Tat" haben kann. Trotz dieser Nachteile soll aber diese Lehre nicht aufgegeben werden, da sie allein es ermöglicht, unter Wahrung der Identität in einem einzigen Prozesse bereits der materiellen Wahrheit so nahe wie möglich zu kommen.

Der zweite Teil des Hauptteils (§ 6) wird Fälle zur Darstellung bringen, welche zeigen, daß trotz Vorliegens einer materiellen Handlungseinheit, also trotz Identität zwischen aufgegebener Tat und einem möglichen Sachurteilsistgegenstand dieser n i c h t gebildet werden kann, weil spezielle Strafprozeßrechtssätze entgegenstehen.

§ 5. Identität der Tat und prozessuale Zerreißung der materiellen Handlungseinheit.

Es sollen hier Fälle zur Erörterung kommen, in denen es trotz der juristischen Handlungseinheit dem Gericht versagt ist, diese Handlungseinheit im ersten Prozeß bereits zu bilden.

1. Fälle der sogenannten S p e z i a l i t ä t d e r A u s l i e f e r u n g. Etwa folgender Fall: A hat in mehreren Fällen, die untereinander in Fortsetzungszusammenhang stehen, vergiftete Waren in Verkehr gebracht, § 324 StGB. Er wird auf Ersuchen der deutschen Behörden von einem ausländischen Staate ausgeliefert. Während der Hauptverhandlung stellt sich heraus, daß eine dieser Taten in Idealkonkurrenz mit einem politischen Mord steht. Da der Angeklagte nur wegen mehrerer Vergehen, die den Tatbestand des § 324 StGB. erfüllen, ausgeliefert wurde, ist es dem Richter versagt, den ihm bekannt werdenden Mord, mit zum Gegenstand seines Urteils zu machen, da sich ihm wegen der Spezialität der Auslieferung ein rechtliches Hindernis in den Weg stellt. Selbst dann also, wenn das Gericht tatsächlich die materielle Handlungseinheit erkennt, ist es nicht in der Lage, auf Grund des Eröffnungsbeschlusses, die „bezeichnete Tat" zu der materiellen Handlungseinheit zu ergänzen, da sich hier allgemeingültige völkerrechtliche Grundsätze entgegenstellen[49]).

Ähnlich liegt der Fall, wenn eine Auslieferung erfolgte wegen der Tatstücke a b c, die ein Kollektivdelikt bilden, und wenn der Richter im Laufe der Verhandlung noch andere Fälle feststellt, die mit zu dieser Einheit gehören, derentwegen aber die Auslieferung nicht miterfolgte.

[49]) Einen ähnlichen Fall behandelt RG., Bd. 60, 292. S. dazu Schoetensack, Gerichtssaal, Bd. 100.

Auch wenn man hier die Lehre von der hypothetisch strafbaren Tat durchführt, muß man zu gleichen Ergebnissen kommen; denn auch hier kann man mit Hilfe der hypothetisch strafbaren Tat nur diejenige Tat aburteilen, deren Aburteilung kein rechtliches Hindernis entgegensteht.

2. Oder auch bei folgendem Fall wird der Grundsatz von der Aburteilbarkeit der materiellen Handlungseinheit durchbrochen: der ordentliche Strafrechtweg ist zu Gunsten von Sondergerichten[50]) mit der Bestimmung ausgeschaltet, daß das Sondergericht die betreffenden Vorkommnisse lediglich unter bestimmten strafrechtlichen Gesichtspunkten zu erledigen habe. (So namentlich bei den Ausnahmezustandsgerichten, die gem. Art. 48 R.V. vom Reichspräsidenten eingerichtet werden können). Es teilen sich alsdann die ordentliche und die Sondergerichtsbarkeit in denselben Prozeßgegenstand je nach der juristischen Würdigung. Eine vor einem ordentlichen Gerichte erhobene Klage würde den Prozeßgegenstand nur beschränkt umfassen. Also: X angeklagt wegen Vertragsbruches als Armeelieferant in drei Fällen, die untereinander in Fortsetzungszusammenhang stehen, kann wegen einer landesverräterischen Begünstigung, die mit einem dieser Fälle in Idealkonkurrenz steht, nicht auch wegen dieses Deliktes des § 89 StGB. abgeurteilt werden, wenn hierfür ein Ausnahmezustandsgericht für zuständig erklärt worden ist. Fälle ähnlicher Art sind natürlich noch in größerer Anzahl denkbar.

3. Es sollen noch einige Beispiele von Antragsdelikten behandelt werden, die — allerdings nur bezüglich des Zweitprozesses — wieder stark problematisch sind. Problematisch insofern, als die einen glauben, in dem Fehlen einem Antrags eine tatsächliches Hindernis[51]) für die Aburteilung im ersten Prozeß zu sehen, während die andern hierin ein rechtliches[52]) Hindernis erblicken. Die Konsequenzen der verschiedenartigen Beurteilung liegen darin, daß die Anhänger der ersten Meinung einem zweiten Prozeß den Grundsatz des Ne bis in idem entgegenhalten, während die andern dies nicht tun.

Hier nur soviel: angeklagt ist der Kutscher X wegen vier Fällen von Tierquälerei in Fortsetzungszusammenhang nach § 360, Zif. 13 StGB. Einer dieser Fälle steht in Idealkonkurrenz mit Sachbeschädigung. Jedoch liegt für diesen Fall kein Antrag vor nach § 303 StGB. Auch hier wiederum ist trotz Vorliegens einer materiellen Handlungseinheit dem Gericht bei tatsächlicher Erkenntnis des Sachverhalts die rechtliche Möglichkeit einer einheitlichen Bildung des Urteilsgegenstandes — bezogen auf die materielle Handlungseinheit — verwehrt. Tatsächlich liegt also zwischen der in der Anklage und Eröffnungsbeschluß bezeichneten Tat und dem, was sich dem Gericht im Laufe der Verhandlung als geschehen herausstellt, Identität vor. Jedoch ist es trotz Vorliegens von Identität rechtlich gehindert, den Gesamttatbestand zur Aburteilung zu bringen.

4. Reformatio in peius. Wenn Berufung zugunsten des Angeklagten entweder von ihm selbst oder vom Staatsanwalt nach § 296 StPO. eingelegt wird, ist für den Berufungsrichter nicht die Möglichkeit gegeben, Handlungen, die nach Erlaß des ersten Urteils begangen sind und mit dem abgeurteilten in Fortsetzungszusammenhang stehen oder ein

[50]) Ähnliche Fälle im RG. Bd. 49, 354; 56, 161; ferner KG. in Gold. Arch., Bd. 69, 135.

[51]) RG. Bd. 3, 385. Löwe vor § 151, Note 3; Glaser: Verbr. d. Strfkl. S. 392. Nr. 52; Handb. S. 77. v. Kries S. 595. Stenglein § 151 Nr. 8 b. Düwel. S. 112.

[52]) Binding Handbuch. S. 633/635; ders. Strafurteil S. 13. 23.

Kollektivdelikt bilden, abzuurteilen. Dies ist durch das Verbot der reformatio in peius nach § 331 StPO. ausgeschlossen, wonach das Urteil auf die Berufung des Angeklagten hin nicht zum Nachteil des Angeklagten geändert werden darf. Würde nämlich das Urteil auf die Berufung des Angeklagten hin aufgehoben, so dürfte das neue Urteil auf keine härtere Strafe erkennen als bereits in dem aufgehobenen Urteil ausgesprochen war. Dies schließt aber praktisch eine Berücksichtigung der zwischen den beiden Urteilen vorgenommenen Einzelhandlungen des Angeklagten aus. Denn ist die Höhe der Strafe bereits für die Fälle bis zum ersten Urteil angemessen, so würde die Aburteilung der Fälle bis zum zweiten Urteil eine Erhöhung der Strafe zur Folge haben. Eine Straferhöhung darf aber gem. § 331 StPO. nicht erfolgen[53]). Einer erneuten Aburteilung steht der Grundsatz des Ne bis in idem nicht entgegen, da die rechtliche Möglichkeit zur Aburteilung in der Berufungsinstanz nicht vorlag.

Viertes Kapitel.

§ 6. Identität der Tat und Ne bis in idem.

1. Bei den Fragen, die im § 4 behandelt worden sind, ist man sich mit Ausnahme von § 4, 3 für die Fragen, die den Erstprozeß betreffen, zum mindesten in den Grundproblemen einig, d. h. wenn die Tatstücke tatsächlich gefunden werden und es rechtlich möglich war, sie zur Aburteilung zu bringen, dann sollen sie auch abgeurteilt werden können.

Sehr weit aber gehen die Meinungen für den Zweitprozeß auseinander[54]). Es sollen nun im folgenden nicht für alle die bereits behandelten Fälle die verschiedenen Anschauungen bezüglich des Zweitprozesses untersucht werden, sondern in der Hauptsache nur die Einstellung zu § 4, 3, weil hier das Verhältnis von der möglichen Umgestaltung (möglich insofern als die Identität gewahrt bleibt) des Gegenstandes der Anklage und dem Grundsatz des Ne bis in idem am deutlichsten wird.

In § 4, 3 wurde bereits auf das Problem des Ne bis in idem kurz hingewiesen und von der negativen Funktion[55]) dieses Grundsatzes für den Erstprozeß gesprochen. Es darf daher nicht ununtersucht bleiben, wo die Grenzlinie zwischen dem ersten und einem möglichen zweiten Prozeß liegt, ob diese Prozesse hart aneinander grenzen, allein geschieden durch die rechtliche Möglichkeit, die wie ein Graben die beiden Prozesse voneinander trennt, oder ob nicht vielleicht eine andere „Möglichkeit" die Grenze bildet, so daß sich die rechtlichen Möglichkeiten wie zwei sich schneidende Kreise zueinander verhalten.

Daß diese Frage aber nicht nach Zweckmäßigkeitsgründen entschieden werden soll, dürfte klar sein. Ob nicht später vielleicht aus „Zweckmäßigkeit" auf Grund logischer Erwägungen gefundene Schlüsse abgelehnt werden, soll noch untersucht werden. Daß die Frage aber auch nicht nach der Interessenlage des Angeklagten entschieden werden darf, wird ebenso einleuchten. Denn der Angeklagte wird immer das Bestreben haben, das „Idem" im Fall eines Erstprozesses möglichst

53) RG., Bd. 49, S. 353.

54) v. Kries, S. 599/600; Bennecke, S. 613; Stenglein, § 157, 8 f.; Bockshammer, S. 18, beruft sich völlig grundlos in dieser Anschauung auf das RG. Richtig daran ist zwar, daß nicht zur Sprache gekommene Fälle nicht Gegenstand des Urteils geworden sind; aber sie können trotzdem wegen des Grundsatzes des Ne bis in idem nicht nochmals zum Gegenstand eines zweiten Prozesses gemacht werden.

55) Bennecke-Beling, S. 409; Beling, S. 266; Gerland, S. 377.

eng auszulegen, um eine geringere Strafe zu gewärtigen, in einem zweiten Prozeß aber sich umstellen und sagen, daß das „Idem" des Erstprozesses sehr weit zu fassen gewesen sei, damit er nämlich dadurch im Zweitprozeß wegen des Verbrauchs der Strafklage frei ausgeht.

Bei der Prüfung der Grenzziehung zwischen erstem und zweitem Prozeß soll hierbei an das Beispiel angeknüpft werden, das im § 4, 3 darzustellen versucht wurde. Es handelte sich dabei um den Fall, daß Anklage und Eröffnungsbeschluß Tatstücke als strafbar, in Fortsetzungszusammenhang stehend oder als Kollektivdelikt bezeichnen, bei denen sich im Laufe der Hauptverhandlung ergibt, daß d i e s e Tatstücke nicht strafbar sind, wohl aber andere Tatstücke in Fortsetzungszusammenhang stehen oder ein Kollektivdelikt bilden. Die reichsgerichtliche Praxis[56]) steht auf dem Standpunkt, daß andere Tatstücke nicht zum Gegenstand des Urteils gemacht werden können, wenn sich die bezeichneten Tatstücke als strafbar herausstellen, während einige Wissenschaftler[57]), insbesondere Beling, den entgegengesetzten Standpunkt vertreten.

Die Schlußfolgerungen des Reichsgerichtes können allein an einem zweiten Prozeß deutlich werden, in welchem über „dieselbe Tat" verhandelt werden soll. Hierbei — beim zweiten Prozeß — setzt bei der reichsgerichtlichen Praxis, über das, was Prozeßgegenstand ist, je nach Ausfall des Urteils eine Spaltung ein.

Beim verurteilenden Urteil stellt es sich rückblickend auf den Standpunkt, daß Prozeßgegenstand der sog. „Prozeßsollgegenstand"[58]) gewesen sei, d. h. das, was r e c h t l i c h möglich war, zur Aburteilung zu bringen. All das also ist durch den ersten Prozeß erledigt. Einem zweiten Prozeß steht ein Ne bis in idem entgegen.

Im Fall eines Freispruches aber hält das Reichsgericht daran fest, daß Prozeßgegenstand der sog. „Prozeßistgegenstand"[59]) war, d. h. das, was der Richter tatsächlich gesehen hat; deswegen „Prozeßistgegenstand", weil es sich rechtlich gehindert g l a u b t, den „Prozeßsollgegenstand" zu bilden, da hier „bezeichnete" und „aufgegebene Tat" zusammenfallen.

Warum kommt das Reichsgericht zu diesen sich offenbar widersprechenden Anschauungen. M. E. nur im Interesse der Billigkeit. Es sagt sich: wenn jemand wegen einer Tat schon überhaupt einmal in Strafe genommen worden ist, dann soll es dabei sein Bewenden haben, wenn auch wirklich nicht alle strafbaren Einzelakte Grundlage für die Strafzumessung geworden sind. Die Gefahr einer starken Divergenz von materieller Rechtskraft und materieller Gerechtigkeit wird im Fall einer Verurteilung selten s e h r groß sein; auf jeden Fall aber soll sie im Interesse der Rechtssicherheit mit in Kauf genommen werden. Anders allerdings beim Freispruch: Hier ist es so, daß den Täter noch keinerlei Strafe getroffen hat, hier würde also zwischen der materiellen Rechtskraft und der materiellen Gerechtigkeit eine so große Lücke klaffen, die nicht einmal im Intersse der R e c h t s s i c h e r h e i t irgendwie begründet sein kann. Ob also der Richter hätte erkennen können oder nicht, ob er seine Aufgabe erfüllt hat, muß hier im Interesse der materiellen Gerechtigkeit gleichgültig sein. Denn eine Ausdehnung des Umfangs der Rechtskraft geht stets auf Kosten der Gerechtigkeit, insofern, als ein späterer Richter auf Grund viel umfassenderen Tatsachenmaterials

[56]) Siehe Anm. 35, Seite 27.
[57]) Siehe Anm. 36, Seite 27.
[58]) und [59]) siehe S. 0, Anm. 7.

manches richtiger zu erkennen vermag als der frühere Richter, seine erweiterte Kenntnis aber nicht verwerten kann, weil er an die Feststellung des Erstrichters dieser Sache gebunden ist[60]). Im Strafprozeß ist jedoch das Prinzip der materiellen Wahrheit vorherrschend und widerstrebt einer solchen Ausdehnung der Rechtskraft. In der Befürchtung, es könnte in einem Falle, bei dem die „bezeichneten Tatstücke" sich als straflos erweisen, geschehen, daß „Strafbares" mit Freispruch „belohnt" wird, beschränkt es sich daher auf eine geringere Aufgabe und urteilt nur über die „bezeichnete Tat".

Zu einer notwendig anderen Anschauung kommt man, wenn man erstens die schrittweise Bildung des Prozeßgegenstandes ablehnt, und außerdem sich auf den Standpunkt stellt, daß die hypothetisch strafbare Tat im § 264 StPO. allein gemeint sein kann. Dann ist nämlich in beiden Fällen, sowohl also bei der Bezeichnung eines strafbaren wie eines straflosen Tatkomplexes Prozeßgegenstand der „Prozeßsollgegenstand". Nicht zu verkennen sind die Schwierigkeiten, die diese Anschauung unter Umständen machen kann. Es läßt sich nicht bestreiten, daß die Rechtskraftwirkung nachteilige Folgen haben kann, dann nämlich, wenn die Fülle der strafbaren Handlungen nicht zur Sprache gekommen ist. Rein gefühlsmäßig, meint Beling[61]) bezüglich dieses Falles müßte eine solche Lösung nicht gefallen. Doch dann fährt er fort: mit solchen Gefühlen richten wir dem Rechtskraftinstitut gegenüber nichts aus; dessen eigentlichstes Wesen ist es ja gerade, sozusagen das Gefühlsmäßige totzuschlagen. Man muß aber erkennen, daß die Gefahr des Entschlüpfens des Schuldigen im Verurteilungsfalle genau ebenso nahe liegt, wie im Freispruchsfalle; denn die dem Gericht nicht bekannt gewordenen Einzelhandlungen sind bei der Verurteilung eben auch nicht, nicht einmal für die Strafzumessung mitverwertet worden.

Es ist von der Wissenschaft immer wieder versucht worden, der Schwierigkeiten dieser Art Herr zu werden. Ein für die Praxis vielleicht nicht unbeachtlicher Vorschlag versucht de lege ferenda zu bestimmen, daß sich die Verhandlungs- und Aburteilungsaufgabe des Gerichtes lediglich auf solche Einzelhandlungen miterstrecke, die in der Verhandlung zur Sprache gebracht werden[62]), so daß dann die übrigen zum Gegenstand eines neuen Prozesses gemacht werden können, natürlich einerlei, ob der erste Prozeß mit Freispruch oder Verurteilung geendet hat[63]).

Der praktische Unterschied der beiden Anschauungen dürfte übrigens kein allzu großer sein; denn es werden sich nicht viele Prozesse finden, in denen die genannten — aber immerhin doch geschehenen — Handlungen straflos sind, während ungenannte, die im Fortsetzungszusammenhang stehen sollen, sich als strafbar erweisen. Denn diesen Schritt wird man doch wohl kaum wagen können, daß man selbst dann eine Urteilsbefugnis des Gerichtes annimmt, wenn sich die bezeichneten Handlungen als frei erfunden herausstellen, mithin aus diesem Grunde straflos sind. Denn das schiene mir logisch nicht haltbar, Taten mit „Nicht-Taten" in einen — wenn auch nur gedachten — Fortsetzungszusammenhang zu bringen. Wohl aber kann man annehmen, daß Nichtstrafbares (etwa wegen Mangels an Beweisen oder wegen eines

60) Heinrich, S. 12.

61) Beling, JW. S. 216 ff.

62) Beling, JW. 1931, S. 218.

63) Im Ergebnis so Bockshammer, S. 18 und Ehrhardt, S. 66.

Rechtfertigungsgrundes oder ähnl.) mit Strafbarem — wegen der Hypothese von der Strafbarkeit — einen gedachten Fortsetzungszusammenhang bilden können.

Wie bereits im § 4, 3 eingehend erörtert wurde, ist die reichsgerichtliche Praxis also bestrebt, auf irgend eine Weise den ungerecht erscheinenden Folgen der materiellen Rechtskraftwirkung zu entgehen. Dort konnte es ihr gelingen, indem sie die Pflicht der richterlichen Kognition auf die „bezeichnete Tat" beschränkte und sich vor dem Schritt zur „aufgegebenen Tat" scheute.

Man kann den Grundsatz des Ne bis in idem so weit reichen lassen, wie für das erste Gericht die Möglichkeit bestand, eine Tat abzuurteilen, ohne daß sich dabei das zweite Gericht an das erste Urteil gebunden zu fühlen brauchte, d. h. also bei festgestelltem Fortsetzungszusammenhang eine Aburteilung wegen eines Einzelfalles eben schlechthin ausgeschlossen erscheint bzw. daß trotz festgestellter Selbständigkeit eines Deliktes in einem zweiten Prozeß, wenn sich dort der Fortsetzungszusammenhang ergibt, diese neuauftretenden Delikte nicht abgeurteilt werden können[64]).

Anderer Meinung ist das Reichsgericht[65]); das sich durch die Feststellung des ersten Gerichtes und nicht durch die Möglichkeit einer Aburteilung gebunden fühlt. Hier grenzt also nicht der Grundsatz des Ne bis in idem an die Möglichkeit, sondern er überschneidet sie, hebt also die im § 264 StPO. liegende Garantiefunktion fast völlig auf. Diese gibt dem Angeklagten das Recht, im ersten Prozeß nur ein möglichst kleines „Idem" zur Sprache kommen zu lassen und in einem zweiten Prozeß das kleine „Idem" des Erstprozesses möglichst groß erscheinen zu lassen.

Ganz abgesehen davon erscheint auch diese Anschauung nicht begründet, daß durch die Verneinung des Fortsetzungszusammenhangs oder des Kollektivcharakters schlechthin festgestellt sei, daß bis zum ersten Urteil kein fortges. Delikt oder Kollektivdelikt dieser Art begangen sein kann, so daß also eine Verurteilung höchstens wegen einzelner Fälle statthaft sei. Diese Anschauung bleibt m. E. auf halbem Wege stehen; denn anstatt zu sagen, daß die Strafklage schlechthin für den Zweitrichter verbracht sei, wenn er Fortsetzungszusammenhang feststellt, sagt man, nur die Strafklage sei verbraucht hinsichtlich des Fortsetzungszusammenhangs, nicht aber auch wegen der Einzelfälle.

Auch hier soll auf Grund der Behauptung, daß das erste Urteil auch bezügl. der Feststellung von Fortsetzungszusammenhang oder Kollektivität binde, der Versuch gemacht werden, unliebsamen Folgen der Rechtskraftwirkung aus dem Wege zu gehen. Anstatt konsequent zu sagen, bei Feststellung von Fortsetzungszusammenhang oder Kollektivität sei die Strafklage schlechthin verbraucht, sagt man „halbkonsequent", sie sei durch die Feststellung des Erstrichters nur für Fortsetzungszusammenhang oder Kollektivität, nicht aber für die Aburteilung eines Falles verbraucht, den der Zweitrichter für einen Einzelfall hält.

Aus gleichem Grunde — um also den nicht immer gerade günstigen Folgen der Rechtskraftwirkung zu begegnen — hat das Reichsgericht

[64]) Gerland, S. 435; v. Liszt, S. 239; JW. 1925, S. 1010; Gerland, S. 435; Doerr, S. 220/221; Bennecke-Beling, S. 418; Höpfner, Bd. 2, S. 203; Birckel, S. 34; Bockshammer, S. 30/33; Heinrich, S. 35. Ebenso OLG. München, Bd. 2, S. 556 und die frühere Meinung des RG., Bd. 7, 670.

[65]) RG., Bd. 23, 230 RG. in JW. 1925, S. 1010.

den amtsrichterlichen Strafbefehl und die polizeiliche Strafverfügung für der Rechtskraft unfähig erklärt[66]). Hier kommt, wie Binding[67]) sagt, der materiellen Gerechtigkeit die falsche Auffassung des Reichsgerichtes, daß Strafbefehle und polizeiliche Strafverfügungen der Rechtskraft nicht fähig sein sollen, offenbar sehr zustatten.

Es liegt nicht im Thema der Arbeit, diese Versuche der Durchbrechung des Grundsatzes von der materiellen Rechtskraft zu widerlegen. Nur diese Fragen sollen aufgeworfen werden: Warum all die Durchbrechungsversuche? Müßte hier nicht de lege ferenda am Institut der materiellen Rechtskraft etwas geändert werden? etwa so wie Beling[68]) und Binding[69]) (der allerdings glaubt, daß seine Meinung bereits de lege lata durchführbar sei), argumentieren: bei nicht beachteten Fällen eines Kollektivdelikts oder fortgesetzten Delikts soll hinsichtlich der sämtlichen Fälle, einschließlich der abgeurteilten, erneute Anklage und entsprechend Verurteilung ergehen können, wobei dann lediglich die im ersten Prozeß (Urteil) verhängte Strafe angerechnet wird. Damit wäre kein Recht und kein Interesse des Angeklagten verletzt.

2. Streng logisch reicht der Grundsatz des Ne bis in idem so weit, wie der erste Richter gewünscht hätte, geurteilt zu haben. Der Wunsch aber ging so weit, wie die rechtliche Möglichkeit reichte. Das jedoch kann zu Unbilligkeiten im zweiten Prozeß führen, da vieles zu finden im ersten Prozeß menschenunmöglich war. Daher erscheint es m. E. — allerdings nicht als eine Forderung der Logik — sondern aus teleologischen Erwägungen heraus richtiger, die Pflichtenforderung bereits für den ersten Prozeß nicht zu überspannen, sondern enger zu fassen und zu sagen, daß nicht die rechtliche Möglichkeit, sondern auch bereits für den ersten Prozeß die tatsächliche Möglichkeit Inhalt der Pflicht ist[70]), so daß also das Ne bis in idem seine Grenze findet an dem, was im ersten Prozeß tatsächlich möglich oder besser menschenmöglich war, zur Aburteilung zu bringen. Streng-logisch allerdings muß man sich auf den Standpunkt stellen, daß allen denjenigen Tatstücken der Grundsatz des Ne bis in idem entgegensteht, für die im ersten Prozeß die rechtliche Möglichkeit zur Aburteilung vorlag.

Es muß zugegeben werden, daß dieser Grundsatz — wenn auch logisch haltbar — häufig zu den unangenehmsten Konsequenzen[71]) führen muß, dann nämlich, wenn sich der rechtlichen Möglichkeit der Bildung eines Sachurteilsgegenstandes so erhebliche tatsächliche Schwierigkeiten in den Weg stellen, daß die Bildung auf Grund der „rechtlichen Möglichkeit" eine „Unmöglichkeit" darstellt. Wenn den Richter allerdings bei der Außerachtlassung eines Gesichtspunktes ein Verschulden trifft, dann muß der Grundsatz des Ne bis in idem gelten; denn unter einem schuldhaften Verhalten seines Richters darf der Angeklagte nicht leiden. In den Fällen aber, wo es dem Richter trotz pflichtgemäßen Verhaltens unmöglich war, ein Tatstück zu berücksichtigen, sei es, daß er rechtlich zur Aburteilung gehindert war, sei es, daß es ihm schuldlos unbekannt blieb, verlangen es die Gründe der Zweckmäßigkeit und Billigkeit nicht, daß eine erneute Aburteilung unter den unberücksichtigt gebliebenen Gesichtspunkten ausgeschlossen sei[72]). Jedoch die Grenze zu

66) Bockh., S. 66.
67) Binding, S. 336.
68) Beling, JW. 1931, S. 218.
69) Binding Abhndl., S. 312.
70) So auch im Ergebn. v. Kries, S. 599/600.
71) Liu, S. 68 und die dort zit.
72) Ehrhardt, S. 58.

ziehen, wo die rechtliche Möglichkeit die tatsächliche ablöst, ist ungeheuer schwierig und, wie ich glaube, nicht eine Frage der Logik, sondern vielmehr eine Frage des Zweckes. Hierzu sagt Kohlrausch[73]): Der Satz des Ne bis in idem hat seinen Ursprung nicht im Wesen des Rechts, sondern einerseits in der Zweckmäßigkeit, andererseits in der Billigkeit. Eine Entscheidung dieses Problems im Rahmen des Themas erscheint jedoch nicht erforderlich.

Fünftes Kapitel.

§ 7. Identität der Tat und Entwurf eines Einführungsgesetzes zu einem Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch (1929).

Bereits im Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches aus dem Jahre 1927 hat man von einer unterschiedlichen Behandlung der Ideal- und Realkonkurrenz abgesehen. Es hat nicht an Versuchen gefehlt, festzustellen, daß die Lösung für eine gleichmäßige Behandlung der §§ 73, 74 StGB. nicht geglückt sei, daß also die Probleme um das, was Ideal- oder Realkonkurrenz sei, bestehen geblieben seien[74]). Die Erörterungen dieser Probleme mögen hier auf sich beruhen. Im Zusammenhang mit dem hier zu behandelnden Thema interessiert vor allem der Entwurf eines Einführungsgesetzes zu einem Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch und Strafprozeßordnung von 1929 („E"), der sich auf Grund der Änderung des materiellen Rechts erforderlich erwies. Hierbei ist von höchster Bedeutung, was dort im Art. 67 Ziff. 142 in Beziehung auf die §§ 264—266 StPO. festgestellt wird. Im Gegensatz zum geltenden Recht bestimmt der § 265 „E":

> „Wird der Angeklagte im Laufe der Verhandlung noch einer andern Rechtverletzung als derjenigen beschuldigt, wegen der die Anklage gegen ihn erhoben ist, so ist ihm, sofern das Gericht nicht seine Unzuständigkeit nach § 270 Abs. 1 ausspricht, unter Hinweis auf die gesetzlichen Merkmale und das anzuwendende Strafgesetz Gelegenheit zur Verteidigung gegeben."

Hierzu führt die amtliche Begründung zum Entwurf folgendes aus: Der Unterschied in der Behandlung der Realkonkurrenz besteht gegenüber dem geltenden Recht darin, daß es in Zukunft nicht mehr der Zustimmung des Angeklagten bedarf und daß auch neu bekanntgewordene Verbrechen alsbald abgeurteilt werden dürfen.

Wie also sowohl aus dem neuen Wortlaut als auch aus der Begründung zu entnehmen ist, liegt eine völlige Abkehr von den bisher begangenen Wegen vor.

Es sollen im Anschluß an diese Neuregelung zwei Fragen untersucht werden: Was bedeutet der § 265 „E" für die Identität im engeren Sinne, d. h. für die Frage nach der Einheit der Tat und außerdem: Was bedeutet die Neuregelung gegenüber dem Grundsatz des Ne bis in idem?

Um gleich mit dem letzten zu beginnen, so sei festgestellt, daß alle die Schwierigkeiten, die bisher das Problem des Ne bis in idem geboten hat, erhalten geblieben sind; denn die Änderung im § 265 „E" erweitert nur die Aburteilungs*befugnis* des Gerichtes, stellt aber nicht etwa ausdrücklich fest, was abgeurteilt ist. Vielleicht könnte man sagen, dadurch, daß die Grenzen für die richterliche Kognition erheblich weiter gesteckt sind als früher, tritt ein Klageverbrauch in dem Umfange ein, wie

[73]) Kohlrausch a. a. O., S. 52.
[74]) Ehrhardt, S. 1 ff.

der Urteilstenor gefaßt ist; mithin gegenüber dem, was im Urteil genannt ist, gilt das Ne bis in idem. Jedoch könnte man auch zu einem völlig entgegengesetzten Ergebnis kommen, wenn man sagt: dadurch, daß dem Gericht die rechtliche Möglichkeit durch § 265 „E" gegeben ist, das gesamte „Vorleben" zu erfassen, ist für die Taten, die vor dem Urteil liegen, die Strafklage schlechthin verbraucht. Sowohl die eine wie die andere Meinung wird vertreten werden können. Die Entscheidung darüber zu fällen, welches die richtige sein wird, ist hier nicht der Ort, da hier allein die Frage nach der Identität der Tat untersucht werden soll.

Es bedarf hierzu nicht erst einer längeren Erörterung, um diese Frage zu beantworten. Eindeutig und klar gibt der Entwurf dem Gericht die Möglichkeit, alles, was es sieht und feststellt, zur Aburteilung zu bringen. Der gesamte Fragenkomplex, der infolge der verschiedenen Vorschriften der §§ 264, 265 StPO. entstehen mußte, hat an Bedeutung verloren. Alle die Fälle, deren Begründung im Hauptteil dieser Arbeit gewissen Schwierigkeiten begegnen mußte, sind nun unproblematisch geworden, denn der Entwurf hat auf die Garantiefunktion des § 264 StPO. verzichtet. Die „Identität der Tat" ist kein Erfordernis des modernen Strafrechts. Beachtlich ist hierzu auch wiederum die Begründung des Entwurfs[75]): „Das so erreichte Ergebnis, daß alle Taten, deren der Angeklagte beschuldigt wird, zur gemeinschaftlichen Aburteilung gelangen, ist deswegen begrüßenswert, weil nur so dem Gericht ein möglichst zutreffendes Bild von der Persönlichkeit des Täters und die Unterlagen für eine richtige Strafbemessung gegeben werden können."

Es wurde im § 3 eine kurze rechtpolitische Betrachtung angestellt, warum man damals überhaupt bemüht gewesen sei, das Erfordernis der Identität der Tat so stark in den Vordergrund zu stellen. Es wurde gezeigt, daß es letztlich in der Staatsauffassung derjenigen zu suchen sei, die damals am Zustandekommen der Strafprozeßordnung entscheidenden Einfluß gehabt haben. Das Hauptmotiv war der liberale Staatsgedanke: der Bürger müsse wirksam gegen Behördenwillkür geschützt werden; man dürfe nur verurteilt werden wegen derjenigen Taten, die einem der Staatsanwalt zur Last legt. Also: Bewußte Abkehr vom Inquisitionsprozeß und völlige Anerkennung des Klageformprinzips. Die allgemeine — aus der Natur der Sache sich ergebende — Aufgabe des Strafprozesses als des Verfahrens zur Taterkenntnis, zur Tatbestimmung, ist unter der liberalen Anschauung weit komplizierter geworden; die Lösung der Aufgabe hat viel mehr Kompromißcharakter bekommen als in den früheren Zeiten.

Und heute? Scheint der Entwurf nicht wieder zum alten Inquisitionsprozeß zurückzukehren? Ist die Bedeutung des Staatsanwalts durch die Bestimmung des § 265 „E" nicht stark zurückgedrängt, dadurch, daß man auf das Postulat von Identität der Tat zwischen Anklage und Urteil verzichtet hat?

Wenn es erlaubt ist, die Darlegungen mit einem Gedanken, der nicht mehr im engsten Zusammenhang mit dem Thema steht, zu schließen, so scheint es beim Entwurf zu liegen: man kehrt sich bewußt vom strengen Klageformprinzip ab und läßt dem Richter freieren Spielraum in der Tatermittlung und Aburteilungsbefugnis, weil heute mehr denn früher der Täter und nicht die Tat im Mittelpunkt des strafrechtlichen Interesses steht. Es geschieht dies aber nicht aus dem alten Gedanken des Inquisitionsprozesses heraus: Quia peccatum est, sondern: ne peccetur.

[75]) Entw. Begr., S. 73.

Bildungsgang

Am 15. September 1909 wurde ich in Berlin geboren. Mein Vater ist Kaufmann, Leiter einer Firma, die seit vier Generationen in Familienbesitz ist.

Im Jahre 1916 kam ich in die Schule. Ich besuchte ein humanistisches Gymnasium und bestand nach 12jähriger Schulzeit am Schillergymnasium zu Berlin-Lichterfelde die Reifeprüfung. Im Sommer 1928 bezog ich die Universität. In meinen ersten drei Semestern war ich in der juristischen Fakultät der Universität zu Tübingen eingeschrieben. Nach Beendigung dieser drei Semester ging ich nach Berlin. Nach einem weiteren Studium von vier Semestern an der Universität zu Berlin bestand ich am Kammergericht die erste juristische Staatsprüfung und wurde daraufhin zum Referendar ernannt.

Ich begann meine Ausbildung als Referendar am Amtsgericht in Garding im Oberlandesgerichtsbezirk Kiel und bin jetzt dem Landgericht I zu Berlin zur weiteren Ausbildung überwiesen.